Die fiduziarische Zession im Konkurs

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Alois Bitta

Referendar am Landgericht in Ratibor

1929

Druck: Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau in Schlesien.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.

Meinem Onkel,
Herrn Konsistorialrat und Pfarrer
Alois Bitta
gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare:

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Band 1900, Tübingen und Leipzig.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1901, Band II.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen Berlin 1916, 5. Aufl. Band I.

Kommentar der Reichsgerichtsräte Berlin und Leipzig 1928, 6. Aufl.

Menzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung 1926.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., Berlin 1910.

Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, 4. Aufl. 1900.

Planck's: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., Berlin 1914.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Band I 1899, Band II 1903.

Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1901, 4. Aufl.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse (1. Hälfte), München 1900.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl. 1926, Berlin und Leipzig.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl., München-Berlin und Leipzig 1925.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I. und II. Band 1926, 12./13. Aufl.

v. Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl., Berlin 1906.

II. Lehrbücher:

Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Band I, 6. Aufl. 1913.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens I. Halle 1902.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1. 8./9. Aufl. 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. und II. 1927, 10. Bearbeitung Marburg.
Engelmann: Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands 1899.
Hachenburg: Dienst- und Werkvertrag im B.G.B. Mannheim 1898.
Hellmann: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.
Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts, Band I und II, Leipzig 1886 in Bindings: Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.
Hirsch: Die Ausübung der Rechtsübertragung.
Oertmann: Die Fiducia im Römischen Privatrecht, Berlin 1890.
Schröder: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, I. und II. Teil 1919, 6. Aufl.
Seuffert, Lothar: Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899, Leipzig.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. München und Leipzig 1923, 17. Aufl.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

III. **Zeitschriften, Spezialliteratur und sonstige Materialien:**

Albrecht: Die Inkassozession (Inaug. Diss.) 1916 Gotha.
Archiv für die zivilistische Praxis, Tübingen.
Archiv für das Bürgerliche Recht, herausgegeben von Kohler-Ring-Oertmann.
Berolzheimer: Die fiduziarische Zession (Inaug. Diss.) Borna-Leipzig 1908.
Bing: Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Konkurs des Treuhänders (Inaug. Diss.) Straßburg 1916.
Brütt: Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, Berlin 1908.
Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung in Hahn's Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1891.

Caspari: Sicherungsübereignung und Sicherungszession (Inaug. Diss.) Berlin 1903.
Dietenberger: Fiduziarische Zession und Einziehungsermächtigung (Inaug. Diss.) Stettin 1923.
Deutsche Juristenzeitung, begründet von Laband, Stenglein, Staub.
Düringer: in Leipziger Zeitschrift, 1908.
Dungs in Gruchot's Beiträgen 32.
Dreyer: Das fiduziarische Rechtsgeschäft in Gruchot's Beiträgen 40.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Eck: Vorträge über das bürgerliche Recht, I. 1903, 1. und 2. Aufl.
Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-Rechtes (Inaug. Diss.) Marburg 1901.
Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Stuttgart.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881.
Hellwig in Archiv für die zivilistische Praxis, Band 64: Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Dr. Neumann.
Jander in Juristischer Wochenschrift 1903.
Kohler in Jherings Jahrbüchern 1878, Band 16.
Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts 1891, Stuttgart.
Kohler: Jahrbuch für Dogmatik, Band 10.
Kahn in der Deutschen Juristenzeitung 1903.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Lang in Archiv für die zivilistische Präxis, Tübingen, Band 83.
Luetgebrune: Die Sicherungs-Uebereignung (Inaug. Diss.), Göttingen 1906.
Lilienthal in der Deutschen Juristenzeitung 1902.
Müller: Blätter für Rechtsanwendung (Seuffert) Band 72, Nürnberg 1907.
Mangold: Der Begriff der Inkassozession (Inaug. Diss.), Borna-Leipzig 1907.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe Berlin 1896.
Müller, Heinrich: Forderungspfandrecht und Sicherungszession (Inaug. Diss.), Düsseldorf 1897.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1896.
Regelsberger: Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 63.
Regelsberger: Pandekten 1893, I. Leipzig in Binding's Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft.
Richter in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrg. 60.
Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Jherings Jahrbüchern, Band 43, Jena 1901.
Schlegelmilch: Ueber das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts (Inaug. Diss.), Gera 1904.
Schöninger: Archiv für die zivilistische Praxis, Band 96.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.
Schöny in Archiv für bürgerliches Recht, Band 35.
Schmidt in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Band 29.
Stupperich: Die Sicherheitsübereignung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Konkurs (Masch.-Schrift. Diss.), Würzburg 1925.
Stauffacher: Die Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduziars (Inaug. Diss.), Borna-Leipzig 1909.
Weinberger: Die Aussonderung anvertrauter Werte in: Annalen des Deutschen Reichs, 35. Jahrgang 1902, Heft 6.
Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen.
Werthauer: in Grünhut's Zeitschrift, Band 13, 1886.
Wienstein in der Deutschen Juristenzeitung 1905.
— in der Leipziger Zeitschrift 1908.
— in Gruchot's Beiträgen, Band 46, 48.
Weidemann in Bankarchiv 5.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, im Archiv für zivilistische Praxis, Band 100.
Wilutzki in der Deutschen Juristenzeitung 1901.
— in der Juristischen Wochenschrift 1901.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Einleitung.

1. Die fiducia des römischen Rechts.

Im altrömischen Rechte bildete sich zu einer Zeit, als es noch vom starren Formalismus beherrscht wurde und infolgedessen den Parteien zur Verwirklichung ihrer Absichten nur eine beschränkte Anzahl von rechtsgeschäftlichen Typen zur Verfügung stand, infolge Bedürfnisses nach Realkredit ein eigenartiges Institut: die „fiducia" heraus. Ein Pfandrecht war dem altrömischen Rechte nicht bekannt. Wollte sich jemand gegen Hingabe sachlicher Sicherheit Kredit verschaffen, so mußte er seinem Gläubiger eine Sache „um einen Sesterz" (nummo uno) durch mancipatio oder in iure cessio zu Eigentum übertragen, jedoch nur fiduciae causa, d. h. zu treuen Händen. Einer solchen mancipatio oder in iure cessio lag nämlich ein pactum fiduciae zu Grunde, dahingehend, daß dem Gläubiger das Eigentum nicht definitiv (materiell), sondern nur zum Zwecke der Sicherstellung (formell) übertragen wurde. Der Gläubiger erlangte damit durch einen bloßen Scheinkauf das Eigentum an der Pfandsache als Sicherheit; dem Schuldner verblieb, sobald die Forderung von ihm getilgt war, aus dem der mancipatio oder in iure cessio angeschlossenen pactum fiduciae ein Rückforderungsrecht obligatorischen Charakters.[1] Man schlug also hier einen Umweg ein, indem man den Gläubiger zum vollen Eigentümer über den hingegebenen Gegenstand machte und sich nur durch ein obligatorisch wirkendes pactum fiduciae gegen eine Verletzung der Treupflicht schützte. Was der Gläubiger mit der Sache machte, war gültig; denn er war Eigentümer. Der Schuldner war angewiesen auf die Treue und Zuverlässigkeit seines Gläubigers; nur mit dem schwachen obligatorischen Anspruch konnte er gegen den treubrüchigen Gläubiger vorgehen. Er setzte aber in ihn das Vertrauen, daß er mit der Sache nichts tun werde, was ihm später nach Erledigung des Sicherungszweckes nachteilig wer-

1) Vgl. Sohm, a.a.O., S. 59.

den könnte. Dieses Vertrauen, auf dem das ganze Rechtsgeschäft aufgebaut war, gab demselben seinen Namen. In derselben Form, wie die eben geschilderte Verpfändung (fiduciae cum creditore contracta) konnten noch andere Rechtsgeschäfte, die nicht im Interesse des Empfangenden, wie die Verpfändung, sondern im Interesse des Gebenden lagen, abgeschlossen werden; z. B. konnte ein depositum (Hingabe zur Aufbewahrung) oder ein mandatum mittels der fiducia cum amico contracta zustande gebracht werden. Man machte auch hier den Depositar oder Mandatar zum Eigentümer der Sache, jedoch nur fiduciae causa, d. h. gebunden an das dem Vertrage zugrunde liegende pactum fiduciae, welches auch hier durch die actio fiduciae geschützt wurde. Dieser Vorbehalt konnte entweder in die Manzipationsformel (nuncupatio) aufgenommen werden, oder als neben der mancipatio geschlossenes pactum conventum auftreten. Im letzteren Falle war es fraglich, ob aus dem formlosen pactum fiduciae geklagt werden konnte, da nach altrömischem Rechte aus einem formlosen pactum eine Klage nicht möglich war. Nach Sohm[2] fand hier die alte Jurisprudenz folgenden Ausweg: Die Verbindlichkeit des Gläubigers, „zu treuen Händen" mit der Sache zu verfahren, war in der Manzipationsformel ausgedrückt. Daher stand sie mit unter dem Schutze des Zwölftafelsatzes: „uti lingua nuncupassit, ita ius esto" und war infolgedessen klagbar. Freilich konnte der Schuldner mit der actio fiduciae nicht auf das klagen, was in dem pactum versprochen war. Er konnte von dem Manzipationserwerber nur Herausgabe dessen verlangen, was nach Maßgabe der vorliegenden Umstände, zu denen natürlich in erster Reihe das pactum conventum gehörte, von dem Erwerber als einem bonus vir verlangt werden konnte.

Mit der fortschreitenden Entwicklung des römischen Rechts war die fiducia, als die beiden anderen Formen des Pfandrechts: das pignus und die hypotheca im Rechtsleben auftraten, überflüssig geworden. Die fiducia sicherte zwar den Gläubiger, da er formeller Eigentümer der Sache war, ausreichend, brachte aber den Schuldner in eine gefährliche Lage. Zahlte dieser seine Schuld, so hatte er doch nicht die Gewißheit, seine Sache zurückzubekommen; denn der Gläu-

2) Sohm, a.a.O., S. 60.

biger konnte sie inzwischen anderweit veräußert, belastet oder verschenkt haben. Der Schuldner konnte zwar vom Gläubiger kraft der infamierend wirkenden actio fiduciae Ersatz verlangen, hatte aber gegen den dritten Erwerber keinen Herausgabeanspruch, da dieser ja rechtmäßiger Eigentümer war. Der Nachteil der fiducia war, daß der Schuldner sein Eigentum an der Sache aufgeben mußte, daß er aber keine Klage hatte, mit der er gegen den dritten Erwerber hätte vorgehen können. Daher kamen schon frühzeitig andere Rechtsformen auf, die den Gläubiger für seine Forderung sicherstellten, nämlich das pignus und die hypotheca.

Als Fiduziar ist ferner der familiae emptor des römischen Erbrechts zu nennen. Der Testator manzipierte hier (verkaufte) seinen gesamten Nachlaß vor fünf Zeugen und dem libripens an einen Dritten, den familiae emptor, verpflichtete ihn aber zugleich mit der feierlichen nuncupatio, als Beauftragter seine letztwilligen Verfügungen auszuführen.[3]

2) Die Treuhänderschaft des germanischen Rechts.

Der fiducia des altrömischen Rechts entspricht die Treuhänderschaft im germanischen Recht. Weit mehr finden wir im germanischen Rechte die Fälle, in denen uns die Rechtsform der Treuhänderschaft, die im Gegensatz zu der römischrechtlichen fiducia vielgestaltiger und dem jeweiligen, wirtschaftlichen Zwecke des Geschäfts entsprechender ist, entgegentritt. Nach Schultze[4] versteht man unter einem Treuhänder eine Person, die Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht in eigenem Interesse zu gebrauchen. Man erwartet von einem Treuhänder Uneigennützigkeit und Treue im Gebrauch seiner Rechte.

Der älteste Typus des germanischen Treuhänders ist der Salmann bei der Affatomie des fränkischen Volksrechts,[5] dessen Stellung von Heusler[6] dahin gekennzeichnet wird: „Salmann heißt der die Tradition d. h. die Sale eines Gutes durch den Eigentümer vermittelnde Zwischenmann". Er dient der „Ermöglichung von Zuwendungen auf den Todesfall, erst in zweiter Linie, allerdings früh genug, ist die Ver-

3) Sohm, a.a.O., S. 587.
4) Schultze, a.a.O., S. 1.
5) Schultze, a.a.O., S. 7 und Schröeder, a.a.O., S. 367 ff.
6) Heusler, Bd. I, a.a.O., S. 215 ff., 220.

wendung der Salmannen auch bei Uebertragungen, deren sofortiger Vollzug beabsichtigt war, zugelassen worden. Der Mittelsmann erhält das Gut zu getreuer Hand in fidem ei committitur, in fidei suae manum, in fidelem manum traditur, delegatur, und er heißt davon selbst Treuhänder, manufidelis, fideikommissarius. Das will nicht sagen: eine Person, deren Gewissenhaftigkeit, aber damit auch deren Willkür der Tradent nun auf Gnade und Ungnade verfallen ist, sondern eine Person, deren Gewalt über die Sache von vornherein im Sinne einer solchen Vertrauensstellung rechtlich normiert ist". Wer keine Erben hatte, konnte sich schon in alter Zeit mit Einwilligung der Landesgemeinde oder des Königs als der Heimfallsberechtigten einen künstlichen Erben verschaffen. Dies geschah in der Art, daß der Erblasser, der einem Dritten seinen Nachlaß zuwenden wollte, diesen zu seinen Lebzeiten einer Mittelsperson, dem Salmann, mit der Bedingung übereignete, ihn später nach dem Tode des Uebereignenden an den von ihm als Erben Bezeichneten weiter zu übertragen. Dies mußte binnen Jahresfrist erfolgen und zwar vor dem Königsgericht oder im echten Ding. Der Salmann hatte bei diesem als Affatomie (adfatimus) bezeichneten Rechtsinstitut ein Erbrecht zu treuen Händen an dem ihm vom Erblasser anvertrauten Gut.

Auch im Familienrecht begegnen wir dem Salmann.[7] Ein Mittel, der Frau das Eigentum an ihren Geldern zu sichern, bestand in der vertragsmäßigen Errichtung eines Vorbehaltsgutes. Dieses Vorbehaltsgut mußte aber, um wirksam zu sein, einem Treuhänder (Salmann) als Pfleger übergeben werden. Es durfte keinesfalls in die Hände des Mannes gelangen. Sobald nun die Ehe aufgelöst oder der Grund für die Uebertragung weggefallen war, konnte die Frau die Herausgabe des Geldes verlangen. Desgleichen spielte der Salmann im Grundstücksverkehr eine bedeutende Rolle. Er war hier der Zwischenmann, der die traditio, d. h. die Sale eines Gutes vom Eigentümer auf den Destinatär vermittelte. In der fränkischen Zeit bediente man sich seiner oft bei der Eigentumsübertragung von Grund und Boden, die durch Uebergabe der carta, der Auflassungsurkunde, und Investitur in das Grundstück erfolgte. Die traditio cartae erfolgte zunächst in Gegenwart des Erwerbers

7) Schroeder, a.a.O., S. 814.

an den Salmann; dieser übergab dann die carta bei der Investitur an den Erwerber.[8]

Auch die Dienstmannen (Ministerialien) erlangten erst seit Mitte des 13. Jahrhunderts die Fähigkeit zum Erwerb landrechtlichen Eigentums. Vorher vermochten sie dieses nur mit Hilfe des Salmannes erwerben.[9]

Die angeführten Beispiele der germanischen Treuhänderschaft lassen deutlich erkennen, daß der Treuhänder, dem der in Frage kommende Gegenstand übertragen ist, nur solange befugt ist, über ihn zu verfügen, bis er seine Aufgabe erfüllt hat. Ist dies der Fall, so verliert er ohne weiteres die ihm übertragene Rechtsmacht. Diese mit der Eigentumsübertragung verbundene Zweckbestimmung, die in dem Uebereignungsvertrag mit aufgenommen ist und infolgedessen dingliche Wirkung genießt, stellt sich nach deutschem Recht als eine Resolutivbedingung dar. Die Bedingung tritt entweder nach Erledigung des Bestimmungszweckes ein oder, sobald der Zweck der Uebertragung objektiv unmöglich geworden ist, d. h. wenn er an dem Unvermögen oder bösen Willen des Treuhänders scheitert. Der Treuhänder verliert ipso jure seine Rechtsmacht, gleichviel, ob er schuldhaft handelt oder nicht.

3) Unterschied zwischen der fiducia und der germanischen Treuhänderschaft.

Der Unterschied zwischen der „fiducia" des römischen Rechts und der „Treuhänderschaft" im germanischen Recht liegt im Wesen der dem Treuhänder (Fiduziar) verliehenen Rechtsmacht, also in der äußeren Seite des Rechtsverhältnisses. Beiden ist gemeinsam die Beschränkung des Fiduziars zugunsten des Fiduzianten. Während aber der Fiduziar des römischen Rechts durch die mancipatio fiduciae causa volles unbeschränktes Eigentum erlangt und nur durch einen obligatorischen Rückübertragungsanspruch des Fiduzianten gebunden ist, ist der Treuhänder des germanischen Rechts dem Treugeber gegenüber auch dinglich gebunden. Bei der fiducia ist der Fiduziar nur im Innenverhältnis zum Fiduzianten obligatorisch gebunden, sein Eigentum zu dem ihm gesetzten

8) Schroeder, a.a.O., S. 308, Anm. 57.
9) Schroeder, a.a.O., S. 480, Anm. 38.

Zwecke zu gebrauchen und es nach Erledigung des Zweckes dem Fiduzianten zurückzuübertragen. Verstößt der Fiduziar gegen seine Treupflicht und macht er von seinem Eigentum anderweitig Gebrauch, so kann ihn der Fiduziant daran nicht hindern, da der Fiduziar ja voller Eigentümer der Sache ist.[10] Dagegen verliert der Salmann ohne weiteres die ihm anvertraute Rechtsmacht, sobald er von dem ihm anvertrauten Gute pflichtwidrigen Gebrauch macht oder sobald der beabsichtigte Zweck erreicht ist. Denn dem dinglichen Uebereignungsvertrag wird zugleich die Bestimmung des Treuhandzweckes als Bedingung hinzugefügt derart, daß mit dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses, das je nach dem Zwecke, den die Parteien mit dem Rechtsgeschäfte verfolgen, verschieden ist, die Rechtsmacht des Treuhänders erlöschen und zum Treugeber zurückkehren soll. Dies genügt, um jede dem vereinbarten Zwecke widersprechende Verfügung des Treuhänders über das zu Eigentum übertragene Gut dinglich unwirksam zu machen und den dinglichen Rückfall an den Treuhänder zu bewirken. Die Uebereignung an den Salmann steht also unter einer in rem wirkenden Resolutivbedingung.[11] Die germanische Treuhänderschaft verdient also vor der fiducia den Vorzug, da sie den Treuhänder viel sicherer stellt. Sie hat sich auch infolge ihrer größeren Anpassungsfähigkeit, indem man die Rechtsmacht des Treuhänder dem wirtschaftlichen Zwecke entsprechend beschränkte, viel fruchtbarer und lebenskräftiger erwiesen als die römisch-rechtliche fiducia. Den Grund für diese Verschiedenheit findet Schultze[12] mit Recht in dem Fehlen des materiellen Publizitätsprinzips bei den Römern und dem Vorhandensein bei den Germanen.

---

10) Vgl. Schultze, a.a.O., S. 9 ff.
11) Schultze, a.a.O., S. 11 und Schlegelmilch, a.a.O., S. 15, 16.
12) Schultze, a.a.O., S. 13.

Erster Teil.

A. Begriff und Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, insbesondere der fiduziarischen Zession.

I. Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

1. Begriff und Wesen.

Ein „fiduziarisches Rechtsgeschäft" ist ein von den Parteien ernstlich gewolltes Rechtsgeschäft, bei dem die eine Partei der anderen eine Sache zu Eigentum oder eine Forderung zu vollem Gläubigerrechte überträgt, allerdings mit der Verpflichtung, über die Sache oder die Forderung nur zu einem bestimmten, beschränkten, regelmäßig diese Rechtsübertragung an sich nicht erfordernden Zwecke zu verfügen.

Dieses Rechtsinstitut, aus der frühesten Entwicklung des Rechts stammend, nachher lange Zeit in Vergessenheit geraten, ist wieder berufen, in der neueren Rechtsentwicklung eine größere Rolle zu spielen. Irgendwelche gesetzgeberischen Grundlagen sind für diese Rechtsverhältnisse im geltenden Recht nicht vorhanden. Wirtschaftliche Erwägungen greifen vielmehr bei der Behandlung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts Platz.

Alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte haben gewisse Merkmale; sie sind Verträge eigenen Charakters. Regelsberger,[1] der als Schöpfer des Begriffes „fiduziarisches Rechtsgeschäft" gilt, definiert dessen Wesen, wie folgt: „Charakteristisch ist für dasselbe das Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolges wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolges erforderlich ist. Der Fiduziar erhält eine rechtliche Macht, die er zu nicht beabsichtigten Zwecken mißbrauchen kann. Der Rechtsüberträger setzt in ihn das Vertrauen, daß er das nicht tun werde." Diese Definition stellt für das fiduziarische Rechtsverhältnis das Mißverhältnis zwischen Zweck

1) Arch. f. Ziv. Praxis 63, 173.

und Mittel als wesentlich dar. Zur Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges wird ein Mittel gewählt, daß seinem rechtlichen Umfange nach über das erstrebte Ziel hinausgeht. Das Mittel (Außenverhältnis), welches dem Fiduziar die stärkere Stellung gibt, ist immer die Uebertragung des höchsten und vollkommensten dinglichen Rechts, entweder die Uebertragung des Eigentums an einer Sache oder des Gläubigerrechts an einer Forderung. Es ist der ernstliche Wille des Uebertragenden sowie des Erwerbers, daß dem letzteren eine über den Zweck hinausgehende Rechtsstellung eingeräumt werden soll. Infolge dieses Willens erlangt der Erwerber das volle Eigentum an der ihm übertragenen Sache oder das volle Gläubigerrecht der ihm zedierten Forderung ohne Rücksicht auf das Innenverhältnis. Das Innenverhältnis, das den wirtschaftlichen Zweck des Rechtsverhältnisses enthält, kann verschieden sein und richtet sich inhaltlich nach dem jeweiligen Zwecke, den die Parteien mit dem Rechtsgeschäfte verfolgen. Außenverhältnis und Innenverhältnis stehen im Verhältnisse von Zweck und Mittel und sind voneinander scharf zu trennen. Dabei sind sich die Parteien dieser Divergenz von Zweck und Mittel vollkommen bewußt, wenn sie auch bestrebt sind, durch anderweitige Maßnahmen den formell erreichten juristischen Erfolg in seine materiell erstrebten wirtschaftlichen Grenzen zurückzudrängen. Am ehesten wird man dieser Eigenart der Divergenz gerecht, wenn man die Treuhandgeschäfte als zusammengesetzte Verträge auffaßt. Rein formell und ohne Rücksicht auf die kausalen Beziehungen zwischen Fiduziant und Fiduziar lassen sich im Rahmen jedes fiduziarischen Rechtsgeschäfts zwei formell getrennte Rechtsverhältnisse feststellen. Diese Doppelnatur ist typisches Merkmal bei allen Treuhandverhältnissen. Die beiden Rechtsgeschäfte sind zwar im Verhältnisse zueinander selbständig, jedoch nur unselbständige Teile im Rahmen des ganzen Vertragsverhältnisses, da sie, einzeln genommen, nicht den wahren Parteiwillen zum Ausdruck zu bringen vermögen. Dieser kann nur aus beiden Rechtsgeschäften, die auch von den Parteien einheitlich gewollt sind, erkannt werden. Soll aber ein einzelnes Rechtsgeschäft behandelt werden, so ist es als ganzes und einheitliches zu betrachten. Die Rechtsübertragung ist das Mittel, das in seinen Wirkungen über den erstrebten Erfolg hinausgeht. Der Zweck selbst ist aus der Rechtsüber-

tragung nicht zu erkennen. Dieser ergibt sich vielmehr aus dem zweiter Vertrag, der nach außen gar nicht in die Erscheinung tritt und durch welchen der Ueberschuß an Rechtserfolg, der durch die Rechtsübertragung zustande kam, wieder beseitigt wird. Die Gewähr dafür, daß der Ausgleich auch wirklich herbeigeführt wird, bildet das Vertrauen, das der Rechtsüberträger in den Erwerber setzt.[2] Den Namen haben die fiduziarischen Rechtsgeschäfte gleichfalls von dem Vertrauen (fiducia), das der Fiduziant in den Fiduziar setzt, daß dieser von der ihm eingeräumten stärkeren Stellung nur in beschränkter Weise Gebrauch macht. Goltz[3] gibt auf die Frage, was das fiduziarische Rechtsgeschäft ist, folgende Antwort: „Es ist zusammengesetzt aus einem positiv-dinglichen Vertrag, verbunden mit einem negatorisch-obligatorischen Vertrage". Positiven Vertrag nennt er die Rechtsübertragung deswegen, „weil sie eine Rechtswirkung, und zwar die in ihm ausgedrückte hervorbringt. Indem die Parteien ihn abschließen, wollen sie auch seine Wirkung voll und ganz, sie wollen Eigentum übertragen, und tun das zur Erreichung eines ganz bestimmten, außerhalb des dinglichen Rechtsgeschäftes liegenden Zweckes, der deshalb keinen Einfluß auf dasselbe hat." Um aber den wirtschaftlichen Zweck des Rechtsgeschäft zu erreichen, schließen die Parteien den obligatorischen — rein wirtschaftlichen — Vertrag ab; negatorisch nennt Goltz ihn deswegen, weil er den dinglichen Vertrag, sobald sich die in dem obligatorischen Vertrag enthaltenen Voraussetzungen erfüllt haben, vernichtet.

Je nachdem bei dem verfolgten wirtschaftlichen Zwecke das Interesse des Fiduziars oder das des Fiduzianten vorwiegt, kann man die fiduziarischen Rechtsgeschäfte in solche zugunsten des Fiduziars und solche zugunsten des Fiduzianten einteilen.

2. Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zur Simulation, Dissimulation und agere in fraudem legis.

Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts hat man früher und auch heute noch vereinzelt verkannt, indem man den ernstlichen Willen der Parteien bezweifelte, Eigentum

2) Vgl. Bing, a.a.O. zu § 2.
3) Goltz, a.a.O., S. 12.

zu übertragen oder eine Forderung abzutreten. Den Grund für diese Verkennung des wahren Willens der Parteien bildet die Divergenz zwischen Mittel und Zweck. Man hat gesagt, der Wille der Parteien sei gar nicht auf Uebertragung des Eigentums an einer Sache oder Abtretung einer Forderung gerichtet. Nur nach außen zum Zwecke der Täuschung Dritter sei das Ganze in Bewegung gesetzt worden; in Wirklichkeit aber sei dies nicht der Fall. Man hat daher die fiduziarischen Rechtsgeschäfte als simuliert angesehen und sie infolgedessen für nichtig erklärt. (§ 117 Abs. 1 B.G.B.)[4]

Simuliert[5] ist ein Rechtsgeschäft, wenn beide Teile damit einverstanden sind, daß ihre Willenserklärungen nicht gelten sollen und nur deshalb abgegeben werden, um einen anderen Zweck zu erreichen, der regelmäßig darin besteht, Dritte zu täuschen. Eine Täuschung des anderen Vertragsteiles ist nicht beabsichtigt. Ein wirklicher Wille bezüglich des Erklärten liegt gar nicht vor; da der Erklärungsgegner dies weiß, hat er auch kein berechtigtes Interesse an der Wirksamkeit des Geschäfts. Daher ist ein solches Rechtsgeschäft nach § 117 Abs. 1 nichtig, weil es in Wahrheit nicht gewollt und weil nur der wirkliche Wille rechtserzeugende Kraft hat.

Während bei dem simulierten Geschäft Uebereinstimmung unter den Parteien herrscht, das Erklärte nicht zu wollen, haben die Parteien bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft den ernstlichen Willen, Eigentum oder das volle Gläubigerrecht zu übertragen. Darin liegt der Unterschied zwischen den beiden Rechtsgeschäften. Wenn auch das fiduziarische Rechtsgeschäft einen Erfolg erstrebt, der über den Zweck des Geschäfts hinausgeht, so ist es doch ernstlich gewollt, auch gegenüber Dritten. Freilich ist es denkbar, daß im einzelnem Falle die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien nur zum Schein abgegeben werden; dann liegt eben nach § 117 Abs. 1 B.G.B. ein nichtiges Rechtsgeschäft vor. Maßgebend allein werden immer die Erklärungen der Parteien beim Abschluß der Rechtsgeschäfte sein. Sind diese ernstlich gewollt, so liegt kein nichtiges Scheingeschäft nach § 117 B.G.B. vor, sondern ein gültiges Rechtsgeschäft.

---

4) Berolzheimer, a.a.O., S. 5.
5) Planck, a.a.O., § 117, 1 und Staudinger, a.a.O., § 117, II 1.

Unrichtig ist es ferner, das fiduziarische Rechtsgeschäft zu den dissimulierten Geschäften zu zählen. Der Unterschied zwischen dem simulierten und dem dissimulierten Rechtsgeschäft liegt im wesentlichen darin, daß die Simulation, wie oben erwähnt, eine Erklärung enthält, die nicht gewollt ist; dagegen verbirgt die Dissimulation unter dem Deckmantel des Scheingeschäfts einen ernstlich auf Herbeiführung eines Rechtserfolges gerichteten Willen. Es fehlt nur an einer Erklärung dieses Willens und an der richtigen Form.

Bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft soll gar kein anderes Geschäft verdeckt werden. Wollte man das fiduziarische Rechtsgeschäft als eine Art Dissimulation ansehen, so müßte die Uebertragung des Eigentums oder des vollen Gläubigerrechts nur zum Schein (simuliert) geschehen sein. Dissimuliert, d. h. ernstlich gewollt, aber nach außen nicht in die Erscheinung tretend, wäre ein anderes Geschäft, eine Verpfändung, Vollmacht zur Einziehung einer Forderung oder dergl., je nachdem, welchen Zweck die Parteien mit dem fiduziarischen Rechtsgeschäft verfolgen. Dies entspricht aber nicht dem Willen der Parteien.

Viel schwieriger als die Frage, ob das fiduziarische Rechtsgeschäft ein simuliertes oder dissimuliertes Geschäft ist, ist zu entscheiden, ob es als Umgehungsgeschäft gegen das Gesetz verstößt, einen rechtsgeschäftlichen Schleichweg[6] (das agere in fraudem legis) darstellt. Nach Richter[7] liegt eine Umgehung des Gesetzes nur dann, vor, wenn die Parteien einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg, den das Gesetz verbietet, dadurch herbeiführen wollen, daß sie eine erlaubte Rechtsform anwenden.[8] Kennzeichnend für den rechtsgeschäftlichen Schleichweg ist die Absicht der Parteien, mit dem Rechtsgeschäft einen vom Gesetz bekämpften praktischen Erfolg zu erzielen. Daß sich die Parteien des Gesetzesbruchs[8] bewußt sind, ist nicht erforderlich. Das zu diesem Zwecke Erklärte wird ernstlich gewollt, die Willenserklärung wird nicht nur zum Schein abgegeben. Das Bürgerliche Gesetz=

6) Regelsberger Pnadekten I, S. 518, 519.

7) Gruchot Beitr. 60, S. 780.

8) Vgl. Regelsberger Pandekten I, S. 518: „Rechtsgeschäftlicher Schleichung ist ein Rechtsgeschäft, das zur Erzielung eines gesetzwidrigen, praktischen Erfolges dient, ohne mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch zu treten." Als Beispiel für ein Rechtsgeschäft in fraudem legis führt Regelsberger an: Um das Verbot des S.C. Macedonianum zu umgehen, wird dem Haussohn, der Geld entleihen will, eine Sache unter Kreditierung des Kanspreises verkauft. Kein Fall der Simulation, denn die Parteien wollen das Rechtsgeschäft und die Rechtswirkungen.

buch hat sich über die Behandlung des Schleichwegs nicht ausdrücklich ausgesprochen. Den rechtsgeschäftlichen Schleichweg treffen dieselben Rechtsfolgen wie das Rechtsgeschäft, zu deren Umgehung es dient:[9] Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Versagung eines Rechtserwerbs, Strafe usw.

Es ist nicht zu verkennen, daß das fiduziarische Rechtsgeschäft mit dem rechtsgeschäftlichen Schleichweg große Aehnlichkeit aufweist. Beide Rechtsgeschäfte sind ernstlich gemeint. Bei beiden wird ein anderer Weg eingeschlagen, als derjenige, der den erstrebten wirtschaftlichen Zweck direkt herbeiführt. Jedoch wird beim fiduziarischen Rechtsgeschäfte zur Erreichung eines bestimmten Zweckes ein anderes als das zunächst liegende Mittel deshalb gewählt, um eine Lücke des Gesetzes auszufüllen oder einer Mangelhaftigkeit desselben zu begegnen, nicht aber, um ein Gesetz zu umgehen.[10] Man kann auch nicht verallgemeinernd sagen, daß jedes Rechtsgeschäft, durch das die Parteien auf einem Umweg einen praktischen, außerhalb des Rechtsgeschäft liegenden Zweck verfolgen, ein rechtsgeschäftlicher Schleichweg ist. Dazu gehört, daß das Gesetz gerade diesen praktischen Erfolg und zwar unter den gegebenen Voraussetzungen auf jeden Fall verbieten will. Es kann im Einzelfalle Schwierigkeiten bereiten zu erkennen, ob das Gesetz den in einem Rechtsgeschäfte erstrebten Erfolg treffen will.

3. Die Arten des fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

Fiduziarische Rechtsgeschäfte sind in mannigfacher Weise denkbar und kommen auch im Rechtsleben in den mannigfachsten Formen vor. Besonders sind drei Hauptanwendungsfälle des fiduziarischen Rechtsgeschäfts im Rechtsverkehr hervorgetreten und haben auch eine besondere Ausbildung erfahren.[11]

1. Die fiduziarische Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen. Rein wirtschaftlich betrachtet, ist die Sicherungsübereignung ein Pfandsurrogat.[12] Sowohl das Pfandrecht als auch die Sicherungsübereignung verfolgen den Zweck, dem Gläubiger eine erhöhte Sicherheit für seine For-

---

9) Regelsberger, a.a.O., S. 519.
10) Berolzheimer, a.a.O., S. 6, 7; Diefenberger, a.a.O., S. 21.
11) Goltz, a.a.O., S. 1.
12) Diefenberger, a.a.O., S. 15.

derung zu verschaffen. Ihrem juristischen Wesen nach gehen jedoch beide Rechtsformen weit auseinander. Die Parteien geben der fiduziarischen Sicherungsübereignung wegen der Umständlichkeit der Verpfändung und ihres Nachteils für das wirtschaftliche Leben oft den Vorzug. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die als Pfand dem Gläubiger hingegebene Sache für den Schuldner wirtschaftlich solange „totes Kapital"[13] ist, als sie sich in der Hand des Gläubigers befindet, da das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Verpfändung von Mobilien in § 1205 nur ein Faustpfandrecht zuläßt. Eine Verpfändung durch constitutum possessorium nach § 930 B.G.B. ist bei Mobilien ausgeschlossen. Den wirtschaftlichen Nachteil der Verpfändung kann der Schuldner dadurch vermeiden, daß er seinem Gläubiger die betreffenden Gegenstände fiduziarisch mittels constitutum possessorium (§ 930 B.G.B.) übereignet, sodaß der Schuldner unmittelbarer, der Gläubiger mittelbarer Besitzer der Sachen wird.

2. Die fiduziarische Cession, die hauptsächlich in den beiden Formen der Sicherungszession und der Inkassozession vorkommt. Die fiduziarische Zession soll im folgenden ausführlich behandelt werden.

3. Das fiduziarische Indossament. Diese Rechtsform wird deswegen von den Parteien benutzt, weil das Prokuraindossament, das lediglich eine Vollmacht bedeutet, wegen des dabei zum Ausdruck kommenden Mißtrauens gegen den Prokuraindossatar wenig beliebt ist. Der Indossant begibt deshalb zwecks Einziehung der Forderung den Wechsel in der Regel durch fiduziarisches Vollindossament.

II. Die fiduziarische Zession.

1. Begriff und Wesen.

Die fiduziarische Zession ist die Uebertragung einer Forderung aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen zu vollem Gläubigerrechte, und zwar in fiduziarischer Weise, d. h. mit der Abrede, daß der Forderungserwerber über die Forderung nur zu einem zwischen dem Uebertragenden und ihm vereinbarten, bestimmten, beschränkten Zwecke verfügen soll. Nach Erreichung des der Abtretung zugrunde liegenden Zweckes soll die Forderung

13) Weinberger, a.a.O., S. 402.

an den Zedenten zurückübertragen oder der Erlös derselben ganz oder teilweise herausgegeben werden.[1]

Das Hauptgeschäft besteht bei der fiduziarischen Zession in der Vornahme einer Forderungsübertragung gemäß den § 398 ff. B.G.B. Alle Vorschriften des vierten Abschnittes des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf die fiduziarische Zession Anwendung, wie z. B. die Vorschriften über die Form der Abtretung, über die Rechtsstellung des Zedenten und des Zessionars, über die dem Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger zustehenden Einreden usw. Demnach vollzieht sich die fiduziarische Zession durch formlose Einigung zwischen den Parteien. Mit dem Abschlusse des Vertrages zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem neuen Gläubiger geht die Forderung auf den letzteren über. Einer Einwilligung des Schuldners bedarf es nicht. Der Zedent hört mit Abschluß des Vertrages auf, Gläubiger zu sein; der Zessionar wird es jetzt (§ 398 B.G.B.) Die wichtigste Konsequenz des Satzes, daß der Fiduziar das volle Gläubigerrecht über die Forderung erhält, besteht darin, daß seine Verfügungen über den ihm fiduziarisch übertragenen Gegenstand gültig sind, also dingliche Wirkung haben. Dem Fiduziar ist vom Fiduzianten ein unmittelbares Verfügungsrecht — wenn auch nur fiduziarisch — über die Forderung eingeräumt worden. Er kann deshalb entgegen den Bestimmungen des Grundvertrages handeln und erlangt auch das Beigetriebene so, daß es Teil seines Vermögens wird. Strafrechtlich begeht der Fiduziar, wenn er das Beigetriebene, dem Inhalt des Grundvertrages zuwider, für sich verbraucht, keine Unterschlagung, sondern er macht sich dem Zedenten gegenüber schadensersatzpflichtig.[2] Als Zession ist die fiduziarische Abtretung auch ein abstrakter Vertrag, d. h. seine Wirkung ist unabhängig von der zugrunde liegenden causa. Die verschiedensten Rechtsgründe (causae Rechtsgeschäfte) können ihr zugrunde liegen; ihre Gültigkeit ist nicht von der Angabe des Rechtsgrundes bedingt. Die Uebertragung ist sogar auch dann gültig, wenn das Kausalgeschäft (Zessionsgrund) aus irgendeinem Grunde nicht zustande kommt.

1) Enneccerus 1, 2, § 303; Schollmeyer zu § 398, Nr. 4; Berolzheimer, a.a.O., S. 11; Diefenberger, a.a.O., S. 16.
2) Schollmeyer, a.a.O., § 398, Nr. 4.

Das der fiduziarischen Zession zugrunde liegende Kausalgeschäft regelt die Verhältnisse zwischen dem Fiduzianten und dem Fiduziar. Es enthält neben dem abstrakten Uebertragungsakte die obligatorische Verpflichtung des Zessionars. Dritten gegenüber, insbesondere dem Schuldner, tritt der obligatorische Vertrag gar nicht in Erscheinung. Für sie ist er gar nicht vorhanden. Inhaltlich ist der Kausalvertrag dem jeweiligen Zwecke, den die Parteien mit der fiduziarischen Zession verfolgen, angepaßt. „Die generelle Verpflichtung, die der Zessionar übernimmt und die das hauptsächlichste Wesen der Vereinbarung ausmacht, besteht darin, über die ihm übertragene Forderung nur gemäß den Weisungen des Zedenten zu verfügen."[3] Aus der nach außen uneingeschränkten Verfügungsmacht des Zessionars und der Gültigkeit dieser Verfügung ergibt sich, daß der Zedent bei der fiduziarischen Zession ein großes Wagnis auf sich nimmt. Der Fiduziar kann mit der ihm anvertrauten Forderung zum Nachteile des Fiduzianten verfügen, ohne daß dieser etwas dagegen unternehmen kann. Die Forderung ist dem Fiduziar auf Gnade und Ungnade ausgeliefert. Aber es liegt ja gerade in der Absicht der Parteien, dem Fiduziar diese weitergehende Stellung zu geben, als der wirtschaftliche Zweck es erfordert, um ihm größere Selbständigkeit gegenüber dritten Personen zu verschaffen. Der Fiduziant muß sich eben eine Person aussuchen, die sein in sie gesetztes Vertrauen rechtfertigt.

Fast ausschließlich wird die fiduziarische Zession kraft Parteivereinbarung zustande kommen. Nicht ausgeschlossen ist es, daß sie auch testamentarisch angeordnet wird. Ob sie aber auch durch Richterspruch entstehen kann, ist sehr bestritten. Oertmann[4] ist der Ansicht, daß eine solche nicht möglich ist, da „der ganze Habitus und Name des Instituts, welches auf einem Vertrauensakte des Manzipanten, also auf seiner ureigensten, individuellen Willensaktion beruhe, dem widerspräche". Man wird Oertmann nicht ohne weiteres entgegenhalten können, der Richterspruch trete eben an Stelle des Parteiwillens, und deswegen sei eine fiduziarische Zession kraft Richterspruchs durchaus möglich, wie

3) Berolzheimer, a.a.O., S. 13.
4) Oertmann, die Fiducia, S. 126.

dies Berolzheimer[5] und Dietenberger[6] tun; man wird hierbei berücksichtigen müssen, daß sich der Fiduziant dem Fiduziar auf Gnade und Ungnade ergibt, und daß er deswegen freie Wahl haben muß, sich diejenige Person als Fiduziar auszusuchen, zu der er das größte Vertrauen hat. Man darf ihn nicht ohne weiteres durch Richterspruch dazu zwingen.

2. Zulässigkeit der fiduziarischen Zession.

Was oben über das Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zur Simulation und Dissimulation und zum agere in fraudem legis gesagt worden ist, gilt in gleicher Weise für die fiduziarische Zession; denn diese ist ja, wie schon erwähnt, nur eine Erscheinungsform der fiduziarischen Rechtsgeschäfte.

Die Frage der Zulässigkeit der fiduziarischen Zession in der vorstehend geschilderten Form wird heute sowohl von der herrschenden Literatur wie auch von der Rechtssprechung unserer oberen Gerichte, insbesondere der des Reichsgerichts, im allgemeinen bejaht, wenn auch die Meinungen über die Konsequenzen, die sich im Einzelfall ergeben, z. B. im Konkurse des Fiduziars, weit auseinandergehen. Auch in der Konstruktion der fiduziarischen Zession weichen die einzelnen Schriftsteller voneinander ab und haben mehrere Theorien herausgebildet, die weiter unten ausführlich behandelt werden sollen. Für den Widerstreit der einzelnen Theorien liefert die Rechtssprechung des Reichsgerichts ein getreues Abbild. Dagegen hat das Reichsgericht entgegen den vielen unter der Herrschaft des gemeinen Rechts versuchten Angriffen auf die Wirksamkeit und Verwertbarkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte überhaupt in ständiger Rechtssprechung dem Einwande der Simulation, den man gegen die fiduziarischen Rechtsgeschäfte erhoben hat, entkräftet.[7] Trotzdem auch noch heute vereinzelt gegen die fiduziarische Zession ähnliche Einwände erhoben werden, die weiter unten behandelt werden sollen, hat das Reichsgericht seine bisherige Ansicht nicht geändert und in zahlreichen Entscheidungen immer wieder die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession, insbeson-

---

5) a.a.O., S. 12.
6) a.a.O., S. 18.
7) R.G.Z., Bd. 26, 181; 57, 175; 24, 45, 161; 30, 273; 53, 417; 59, 19.

dere zu Sicherungszwecken oder zum Inkasso, als eine dem modernen Rechte notwendige und seinen Grundsätzen nicht widersprechende Einrichtung ausgesprochen. Nur dann, wenn in den Verträgen ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, hat die neue Rechtsprechung solche Verträge für nichtig erklärt.[8] Bezüglich der Konstruktion der fiduziarischen Rechtsgeschäfte, besonders bezüglich der dinglichen Wirkungen der Uebertragung, kann man dem Reichsgericht konsequente Stellungnahme nicht nachsagen.[9]

Es ist schon erwähnt worden, daß sich für die fiduziarischen Rechtsverhältnisse gesetzgeberische Grundlagen im geltenden Recht nicht finden. Man folgert mit Recht die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession aus der dargelegten abstrakten Natur der Zession. Denn wenn die Zession ein abstraktes Geschäft ist, wenn ihr nicht nur ein auf Veräußerung gerichteter, sondern auch ein andere Zwecke verfolgender Vertrag zugrunde liegen kann, z. B. Sicherungszwecke, Einziehungszweck für Rechnung des Zedenten, so ist in der Tat die Möglichkeit einer fiduziarischen Zession nicht zu bezweifeln. Daß dabei die Wirkung der Zession über den erstrebten Zweck hinausgeht, kann ihre Zulässigkeit in keiner Weise berühren.[10] Man hat ferner zum Beweis der Zulässigkeit der fiduziarischen Zession den § 223 Abs. 2 B.G.B. herangezogen.[11] Danach kann dann, wenn zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden ist, die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden (§ 223 Abs. 2 B.G.B.). Diese Gesetzesbestimmung erkennt also ausdrücklich die Zulässigkeit der Sicherungszession, eines der Hauptanwendungsfälle der fiduziarischen Zession, an. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man auch aus dieser Bestimmung die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession überhaupt herleitet.[12] Trotzdem sind

---

8) R.G.Z., 67, 160; Gruchot Beitr. 54, 167, J.W. 1911, S. 576, Nr. 10; J.W. 1912, S. 457.

9) Einmal vertritt das R.G. den Standpunkt der relativen Eigentumstheorie, dann den der Legitimationstheorie, ein anderesmal wieder spricht es vom absoluten Charakter jeder abstrakten fiduziarischen Rechtsübertragung. Vgl. dazu J.W. 1902, S. 318, Nr. 38; J.W. 1903, S. 63, Nr. 2; J.W. 1900, S. 163, Nr. 32 und S. 670, Nr. 32; J.W, 1911, S. 181, Nr. 5; R.G.Z. 73, 141; 19, 56; 45, 79 ff.; 39, 166; 37, 107. Auch eine dem Kommissionsverhältnisse ähnliche Konstruktion hat das R.G. schon ausgesprochen, vgl. Seuff. Arch. Bd. 46, Nr. 91.

10) Vgl. Schollmeyer, a.a.O., § 398, Nr. 4; Eck, a.a.O., S. 137; Enneccerus, B.G.B, 138 unter II; Rehbein, B.G.B., Bd. 1, S. 128.

11) Vgl. Gruchot, Bd. 48, S. 867 ff. und die dort zitierte Literatur; J.W. 1904, S. 6.

12) So auch Berolzheimer, a.a.O., S. 18; Dietenberger, a.a.O., S. 21.

auch noch heute vereinzelt Ansichten vertreten, die die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession leugnen.

Verneint wird die Zulässigkeit einer fiduziarischen Zession vor allem von Stammler,[13] der eine fiduziarische Zession, wonach der Fiduziar das Recht des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung überlassen erhält, für nicht zulässig erklärt. Zum Beweise beruft er sich auf § 409 B.G.B., der dem Schuldner unter den in § 409 genannten näheren Modalitäten das Recht gibt zu zahlen, nicht aber die Pflicht dazu. Solle der Schuldner zur Zahlung verpflichtet sein, so müsse eine gültige und wirksame Abtretung der Forderung nach §§ 398 ff. B.G.B. stattfinden oder der Fiduziar müsse als Stellvertreter des Fiduzianten auftreten. Stammler verkennt vollkommen das Wesen der modernen Treuhand. Die von ihm angenommene Konstruktion der fiduziarischen Zession als eines „eigenartigen Rechtsinstitutes, das zwischen einer einfachen Zession und einer bloßen Bevollmächtigung in der Mitte steht, das sich der utilis actio des Zessionars nach römischem Rechte annähere, ohne doch, wie deutlich sein wird, mit dieser identisch zu sein", ist freilich nicht möglich. Nur infolge Verkennung des wahren Wesens der fiduziarischen Zession kann er dazu kommen, sie für unzulässig zu erklären.

Ebenso wird die Zulässigkeit der fiduziarischen Abtretung von Wilutzki und Wienstein geleugnet. Wienstein[14] meint, daß sich überzeugende Gründe für die Zulässigkeit der Inkassozession in der Form der Legitimationsübertragung nicht finden lassen, daß vielmehr der jetzige Stand der Wissenschaft und Praxis zu immer erneuter Prüfung nötige. Desgleichen lehnt Wilutzki[15] die fiduziarische Zession ab, da sie nichts anderes sei, als eine Umgehung des Gesetzes. Beide Autoren berufen sich darauf, daß die fiduziarischen Rechtsgeschäfte nirgends im geltenden Rechte geregelt seien. Wilutzki[16] meint: „.... Und doch würde es schwer werden, eine Stelle im Gesetze zu bezeichnen, welche der ganzen Lehre zum sicheren Fundament gereichen könnte. Auch im B.G.B. ist das fiduziarische Geschäft nur gestreift im § 223 Abs. 2. Es handelt sich um einen Bau juristischer Logik ..., der

13) Stammler, a.a.O., S. 196.
14) D.J.Z. 1905, S. 833; L.Z. 1908, S. 881; Gruchot 46, 248; 48, S. 485.
15) Jur.W. 1901, S. 710 ff. u. D.J.Z. 1901, S. 20 ff.
16) Jur.W. S. 711.

kühn jede Begründung im Gesetz verschmäht." Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus dem oben über die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession Ausgeführten.

Auch Schöninger[17] und Müller[18] leugnen die Zulässigkeit einer fiduziarischen Zession (Inkassozession), bei der sich der Zedent das materielle Gläubigerrecht zurückbehalte und nur allein das formelle, das lediglich in dem Recht der Forderungseinziehung in eigenem Namen bestehe, dem Zessionar übertrage. Darüber soll an anderer Stelle bei der Behandlung der einzelnen Theorien der fiduziarischen Zession Näheres ausgeführt werden.

III. Theorien über die rechtliche Natur der fiduziarischen Zession und Stellungnahme zu diesen Theorien.

Der Mangel einer gesetzlichen Regelung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte, also auch der fiduziarischen Zession, hat in der Literatur und Rechtsprechung zu einer Reihe von Konstruktionsversuchen geführt. Hauptsächlich sind es vier Theorien, die man über die fiduziarischen Rechtsgeschäfte aufgestellt hat und die nun im folgenden behandelt werden sollen.

1. Theorie der relativen Rechtsübertragung.

a) Die Ansicht und ihre Vertreter.

Nach dieser Theorie wird der Fiduziar nach außen, Dritten gegenüber, Inhaber des materiellen Rechts, des Eigentums an einer Sache oder der Gläubiger einer Forderung. Das Geschäft stellt nach außen eine ernstliche und voll wirksame Uebertragung des materiellen Rechts dar; im Innenverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar tritt dagegen ein solcher Uebergang des materiellen Rechts nicht ein. Der Fiduziant bleibt der materielle Rechtsinhaber.

Vertreten wird diese Ansicht vor allem von Jaeger,[1] der bei der Frage, ob dem Treugeber im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zustehe, zu dem Satze kommt, „daß die formal-juristische Zugehörigkeit des Treuguts

17) Schöninger, a.a.O., S. 163 ff.
18) Müller, a.a.O., S. 967 ff.
1) Jaeger, a.a.O., § 43, Anm. 40 ff.

zum Vermögen des Treuhänders im Bereiche des § 43 K.O. hinter der materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit des Gutes zum Vermögen des Treugebers zurücktreten müsse". Der gleichen Ansicht ist Weinberger.[2] Er führt folgendes an: „Festgestellt ist, das der Treuhänder jedem Dritten gegenüber nach der Absicht der Parteien voll und allein berechtigt sein soll. Läßt sich dies auch behaupten für das interne Verhältnis der Parteien? Diese Frage ist zu verneinen. Die Zwangslage, welche bei der altrömischen fiducia den Fiduzianten nötigte, sich lediglich mit einem obligatorischen pactum zu seiner Sicherstellung zu begnügen, besteht für das moderne Recht nicht mehr. Dieses unterscheidet scharf zwischen den Verhältnissen nach innen und außen. Infolgedessen ist es möglich, zu berücksichtigen, welches die Absicht der Parteien für ihr Verhältnis untereinander, und welches ihr Verhältnis zu dritten Personen ist.

Wendet man diese Theorie auf die Inkassozession an, so bedeutet dies: die vertragschließenden Parteien nehmen eine wirkliche Zession einer Forderung an den Einziehungsberechtigten nach außen vor. Für das Innenverhältnis wird aber dieser Rechtsübergang ausgeschlossen. Der Einziehungsberechtigte ist also zur Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen voll aktiv legitimiert, während im Innenverhältnisse die Forderung noch immer zum Vermögen des Abtretenden gehört.

b. Kritik.

Es erhebt sich die Frage, ob eine derartige Spaltung des Gläubigerrechts nach außen und nach innen nach dem geltenden Rechte zulässig ist. M. E. ist dies nicht möglich. Besonders deutlich kommt die Unzulässigkeit einer solchen Spaltung bei der fiduziarischen Uebertragung von Sachen zum Vorschein. Es würde damit eine Teilung des Eigentumsrechts, ein relativ wirksames Eigentumsrecht, anerkannt werden müssen. Diese Annahme bedeutet einen Verstoß gegen die Grundsätze unseres Rechts, da das Bürgerliche Gesetzbuch für die Uebertragungsakte der Rechte zwingende Vorschriften aufgestellt hat. Eigentum an Sachen kann nur nach den Regeln der §§ 929 ff., 873 ff., ein Forderungsrecht nur ge-

2) Weinberger, a.a.O., S. 424 ff.

mäß §§ 398 ff. B.G.B. übertragen werden. Auch die Wirkungen dieser Rechtsübertragungen werden ebenfalls vom Gesetze zwingend bestimmt.

Mit der Theorie des geteilten Gläubigerrechts würde eine dem Bürgerlichen Gesetzbuch ganz fremde Art der Zession geschaffen werden. Die mannigfachen Versuche, unter Heranziehung analoger Erscheinungen unseres Rechts, „relatives Eigentum" neben „absolutem" zu konstruieren, werden niemals über die Unhaltbarkeit jener Theorie hinwegtäuschen, welche sich mit Gründen, die vielleicht der Billigkeit, nicht aber der Rechtsanschauung entsprechen, über das Gesetz hinwegsetzt.[3]

In der Literatur wird diese Theorie heftig bekämpft:

Goldschmidt[4] sieht in dieser Theorie einen Verstoß gegen „die Fundamentalsätze unseres Rechts", daß beim fiduziarischen Geschäft der Idossator Eigentümer werde gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber den Indossanten.

Werthauer[5] meint: „das Eigentum trägt kein doppeltes Gesicht. Es gibt kein Eigentum nach innen und außen, geschweige denn ein Eigentum, welches nach innen und außen zu anders wäre."

Lang[6] erklärt ein relativ wirksames Eigentum für eine juristische Unmöglichkeit.

Auch das Reichsgericht[7] sagt: „Es läßt sich auch nicht etwa geltend machen, daß H. (Fiduziar) nur nach außen hin, Dritten gegenüber, dagegen nicht in seinem Verhältnis zu den Klägern (Fiduzianten) Eigentümer geworden sei; in dieser Weise läßt sich d e r E i g e n t u m s b e g r i f f nicht spalten."

2. Theorie der fiduziarischen Forderungsübertragung.

a) Die Ansicht und ihre Vertreter.

Diese Theorie überträgt dem Zessionar das volle Gläubigerrecht. Es ist also eine Forderungsabtretung im Sinne des § 398 B.G.B., der zwar eine causa zugrunde liegt, die aber für den Forderungsübergang als abstrakten Vertrag

3) Lilienthal, D.J.Z. 1902, S. 543.
4) Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 28, 1882, S. 83.
5) Werthauer: Grünhuts Zeitschrift, Bd. 13, 1886, S. 623.
6) Lang, Arch. für Civ. Praxis, Bd. 83, S. 343, 344.
7) R.G.Z., Bd. 45, S. 80.

bedeutungslos ist. Schuldrechtlich wird wirksam vereinbart, daß der Zessionar nach Erledigung des die Uebertragung bestimmenden Zweckes verpflichtet sein soll, das Erlangte herauszugeben (so bei der Inkassozession). Der Zessionar wird voller Gläubiger der Forderung an Stelle des Zedenten und mithin der allein Verfügungsberechtigte (vgl. R.G.E. 76, 347: „Unter Ausschluß des Zedenten verfügungsberechtigt"). Im Innenverhältnisse hat der Zessionar die Stellung eines Beauftragten oder dergl. Als wirklicher Inhaber der Forderung ist der Zessionar im Prozeß zu ihrer Geltendmachung voll berechtigt; es kann ihm nicht entgegengesetzt werden, daß wirtschaftlich keine Forderungsübertragung gewollt ist. Rechtlich gehört die Forderung zum Vermögen des Zessionars als des Einziehungsberechtigten.

b) Kritik.

Diese m. E. einzig richtige Konstruktion der fiduziarischen Zession als einer wirklichen Abtretung entspricht den gesetzlichen Bestimmungen und wird auch in der Literatur[8] und Rechtsprechung[8] vielfach vertreten.

3. Theorie der bedingten Forderungsübertragung.

a) Die Ansicht und ihre Vertreter.

Diese Theorie ist von Schultze,[9] der sie auch im Hinblick auf die germanische Treuhänderschaft „Treuhändertheorie" nennt, zuerst aufgestellt worden.

Danach wird dem Zessionar ebenfalls volles Gläubigerrecht übertragen; jedoch wird dieses durch Hinzufügen einer auflösenden Bedingung in der Weise eingeschränkt, daß beim Erlöschen des bei der Uebertragung bestimmten Zweckes die Forderung ohne weiteres an den Zedenten mit dinglicher Wirkung zurückfällt. Dasselbe geschieht, wenn der Treuhänder von seinem Gläubigerrechte einen Gebrauch macht, der dem Zwecke der Uebertragung zuwiderläuft, insbesondere wenn er pflichtwidrig über die Forderung verfügt. Wann dies der Fall ist, ist Frage des Einzelfalles.

8) Planck 2, Bd. 1, R. d. Schuldv. IV. Aufl., § 398; Enneccerus, Lehrb. d. Schuldv. I, 2 1920; Schollmeyer zu § 398, S. 362; Staudinger I vor § 104 VI; Staub zu § 363, Anm. 106; Regelsberger Pand. I. S. 519; Berolzheimer, a.a.O., S. 4 ff. R.G.Z. 76, 347; 79, 185; 89, 195; 102, 386.

9) Schultze, a.a.O., S. 19 ff. Dieselbe Ansicht findet sich bei Schlegelmilch, a.a.O., S. 48 ff.

Auch Schöny[10] sieht in der fiduziarischen Zession eine Forderungsübertragung unter einer durch den Zweck der Uebertragung bestimmten Resolutivbedingung. Diese kann auch, falls sie nicht im Einzelfall an eine bestimmte Form gebunden ist, stillschweigend dem Rechtsgeschäft hinzugefügt werden.

b) Stellungnahme zu dieser Ansicht.

Daß eine solche Konstruktion der fiduziarischen Zession möglich ist, steht m. E. außer Zweifel; denn da die Zession nicht bedingungsfeindlich ist, steht ihr eine Abrede, daß die Forderung nach Erledigung des Abtretungszweckes kraft auflösender Bedingung unmittelbar an den Zedenten zurückfallen soll, nichts entgegen. Auch kann eine Bedingung derart hinzugefügt werden, daß jeder dem Zwecke der Uebertragung zuwiderlaufender, zukünftiger, ungewisser Umstand den Rückfall der Forderung bewirken soll. Mit Eintritt der Bedingung tritt der frühere Rechtszustand ipso iure mit dinglicher Wirkung gemäß § 158 B.G.B. ein.

Schwierigkeiten können sich im Einzelfalle ergeben bei der Frage, ob die Parteien diese Rechtsform gewollt haben, insbesondere wenn eine diesbezügliche Bedingung ausdrücklich dem Rechtsgeschäfte nicht hinzugefügt worden ist.

Schultze[11] ist der Meinung, daß bei der Auslegung der Parteiabsicht eine Vermutung für die deutsche Treuhänderschaft streite, weil sie die einzige sei, die sich dem jeweiligen Zwecke des Verhältnisses anzupassen vermag. Schlegelmilch[12] meint ebenfalls in diesem Zusammenhange: „Was liegt näher als die Annahme, daß der Treuhänder die verliehene Rechtsmacht nur unter der Bedingung erhalten hat, daß er sie zu dem bestimmten Zwecke gebrauche? Sobald er seine Machtstellung mißbraucht, verliert die Uebertragung des Rechts ihren Zweck, und die Wirkungen des Uebertragungsaktes sind aufgehoben." M. E. muß aber in jedem Einzelfall der Nachweis geliefert werden, ob die Parteien eine solche Resolutivbedingung, wenn auch stillschwei-

10) Schöny, Arch. für Bürg. Recht 35, S. 305.
11) Schultze, a.a.O., S. 103, ähnlich auch Schlegelmilch, a.a.O., S. 50.
12) a.a.O., S. 51.

gend, gewollt haben; denn unser geltendes Recht kennt weder eine gesetzliche noch eine gewohnheitsrechtliche Norm, aus welcher sich entnehmen ließe, daß die Uebertragung einer Forderung zu treuen Händen stets unter einer auflösenden Bedingung erfolge. Praktisch wird es wohl selten vorkommen, daß die Parteien dem fiduziarischen Rechtsgeschäft ausdrücklich eine dinglich wirkende Resolutivbedingung hinzufügen.

4. Theorie der Legitimationsübertragung.

a) Die Ansicht und ihre Vertreter.

In der Literatur[13] und auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wird, vor allem bei der Inkassozession, die Zulässigkeit einer Abtretung mit der Wirkung vertreten, daß der Zedent weiter Gläubiger der Forderung bleibt, der Zessionar dagegen nur die Legitimation zu ihrer Einziehung im eigenen Namen erhält. Diese sog. Legitimationstheorie überträgt also nur das Prozeßführungsrecht an den Zessionar, der die Klage im eigenen Namen erheben kann.

Eine derartige Abtretung bleibt lediglich eine bloße Form, da materiell die Forderung nach dem Willen der Parteien auf den Zessionar nicht übergeht; jedoch wird hier nicht, wie bei der oben angeführten Theorie der relativen Rechtsübertragung, die Forderung in formeller Hinsicht übertragen, sondern sie bleibt beim ursprünglichen Gläubiger. Die in der Anmerkung genannten Autoren bejahen im Prinzip die Inkassozession in der vorstehend geschilderten Form. Dagegen leugnen Wienstein,[14] Schöninger[15] und Müller[16] überhaupt, daß diese Inkassozession eine Zession sei und daß der Inkassozessionar im Klagewege gegen den Schuldner vorgehen kann.

Wienstein meint, daß sich überzeugende Gründe für die Zulässigkeit der Inkassozession nicht finden lassen, daß vielmehr der jetzige Stand der Wissenschaft und Rechtsprechung zu immer erneuten Prüfung nötige.

---

13) Staub, Kom. z. W.O. Art. 17, S. 67; Staub wird als der Begründer dieser Theorie angesehen; Weinberger, Annalen des Deutschen Reichs, S. 406; Gruchot 60, S. 766 ff.; Brütt, a.a.O., S. 6 ff.; Jander, Jur.W. 1913, S. 471 ff. Planck: Recht d. Schuldv. zu § 398; Albrecht: Die Inkassozession; R.G.Z., Bd. 25, S. 207; 53, S. 417; Gruchot 55, S. 383, 635; O.L.G. 20, S. 154; 23, S. 10.

14) Wienstein, D.J.Z. 1905, S. 833, L.Z. 1908, S. 881; Gruchot 46, S. 248; 48, S. 485.

15) Schöninger, Arch. f. Ziv. Praxis 96, S. 163.

16) Müller, Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 72, S. 967.

Schöninger's Ausführungen gehen zusammengefaßt dahin: Die notwendige Folge jeder Forderungsabtretung, nämlich der Uebergang der Forderung aus dem Vermögen des Zedenten in das Vermögen des Zessionars, werde bei der Inkassozession durch Vereinbarung ausgeschlossen. Wenn aber die Parteien sofort die Rechtsfolgen eines von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts durch ein „Kontregeschäft" beseitigten, so sei von ihnen tatsächlich und rechtlich nicht das Rechtsgeschäft tätig, das äußerlich in Szene gesetzt werde, sondern dasjenige, welches sich aus den übriggebliebenen Rechtsfolgen ergebe. Das aber sei eine Vollmachtserteilung. Auch aus § 185 B.G.B. könne man die Zulässigkeit der Inkassozession nicht folgern; denn § 185 B.G.B. wolle nach seiner Entstehungsgeschichte und nach seinem ganzen Zusammenhange im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchaus nur die Beziehungen zwischen den Berechtigten und den Nichtberechtigten regeln, keineswegs aber den letzteren gegen dritte Personen mehr Rechte verleihen, als sie sonst hätten. An den bloß formell Legitimierten könne der Schuldner zwar mit befreiender Wirkung beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 409 oder § 185 B.G.B. zahlen, aber er brauche es nicht und zwar deshalb nicht, weil bei dem Einzug einer Forderung durch einen Nichtgläubiger in eigenem Namen seine eigenen wesentlichen Interessen getroffen würden.

Auch Müller kommt zu demselben Ergebnis. Der springende Punkt für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Theorie sei die Frage, ob es möglich sei, das materielle Gläubigerrecht zurückzubehalten und nur das formelle, die Klagebefugnis im eigenem Namen, mit Bindekraft für den Schuldner zu übertragen. Müller verneint diese Frage deshalb, weil das Klagerecht auf Leistung den Kern des materiellen Rechts bilde. Wer also dieses Recht übertrage, der übertrage materielles Recht und nicht formelles, wenn er es auch so bezeichne. Daher könne der Schuldner dem Inkassozessionar, der im eigenen Namen klage, ohne wirklicher Gläubiger der Forderung zu sein, den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegensetzen und damit Klageabweisung erreichen.

b) Stellungnahme zu dieser Ansicht.

Es wird nun darzulegen sein, ob es sich mit den im geltenden materiellen Rechte aufgestellten Grundsätzen vereinbaren läßt, wenn der Inkassozessionar im eigenen Namen klagt, ohne Inhaber der Forderung zu sein. M. E. ist dies möglich.

Auch nach materiellem Rechte ist es möglich, daß jemand ein Recht ausübt, ohne daß er selbst Subjekt des Rechtes ist.[17] Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine Reihe derartige Fälle, z. B. die §§ 1380, 2202, 2212, 2374 B.G.B.; ebenso die §§ 327, 748, 749 Z.P.O. und §§ 78 bis 86, 126, 144, 152 K.O. Weil diese Fälle gesetzlich bestimmt sind, so schließt man daraus, daß durch Parteiabrede ähnliche Uebertragungen der prozessualen Stellung nicht stattfinden dürfen. Dagegen wird wieder geltend gemacht, daß das bestehende Recht bei übertragbaren Rechten allgemein die Ueberlassung der Ausübung des Rechtes für zulässig erklärt.[18] Sogar bei unübertragbaren Rechten kann gemäß § 857 Abs. 3 Z.P.O. die Rechtsausübung überlaßbar sein. Nach Stein[19] hat der Inkassozessionar eine dem Indossatar beim verdeckten Prokuraindossament entsprechende Parteistellung.

Aber auch aus § 185 B.G.B. ist es möglich, die Gültigkeit der Inkassozession für das materielle Recht herzuleiten. Aus § 185 B.G.B. folgt — auf die Inkassozession angewendet —, daß der Gläubiger einer Forderung seine Einwilligung dahin geben kann, daß ein Nichtgläubiger die Forderung im eigenen Namen einzieht. Die mit dieser Einwilligung vorgenommenen Verfügungen des Nichtgläubigers sind nach § 185 Abs. 1 B.G.B. gültig. Der Gläubiger einer Forderung überträgt also — anders ausgedrückt — einem Dritten die Befugnis zur Einziehung der Forderung d. h. das formelle Gläubigerrecht. Erlangt der Dritte den Betrag der Forderung nicht gutwillig vom Schuldner, so muß ihm die klageweise Durchführung seiner Einziehungsbefugnis zugebilligt werden. Die Einwendung Schöningers[20] § 185 B.G.B. wolle nach seiner Entstehungsgeschichte und

17) Vgl. Stein, Z.P.O., 1906, I, Vorb. zu § 50.
18) Hirsch: Die Uebertragung der Rechtsausübung, S. 306, 307.
19) Stein, Z.P.O., Vorb. zu § 50; R.G.Z. 53, S. 417.
20) Schöninger, a.a.O., S. 187.

seinem ganzen Zusammenhange im Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus nur die Beziehungen zwischen dem Berechtigten und Nichtberechtigten regeln, keineswegs aber dem letzterem gegen dritte Personen mehr Rechte verleihen als er sonst hätte, ist kein Beweis für die Unzulässigkeit der Inkassozession. Auch die Zivilprozeßordnung kennt in den §§ 835, 836 einen Fall, wo eine ähnliche Lage geschaffen wird. Der Pfandschuldner bleibt auch nach der Ueberweisung Inhaber der Forderung, obgleich seine dem Gläubiger nachteiligen Verfügungen diesem gegenüber unwirksam sind. Die Forderung gehört immer noch ihm. Der Gläubiger erhält die Befugnis, die Forderung einzuziehen.[21] Der § 835 Z.P.O. kennt demnach auch eine Spaltung von materiellem und formellem Gläubigerrecht, was Müller[22] leugnet. Besonders deutlich spricht sich das Reichsgericht über die Zulässigkeit dieser Ansicht im 25. Bande der Entscheidungen Seite 209 aus, wo es anführt: „.... Es handelt sich hier vielmehr um die Frage, ob .... die Befugnis der Veräußerung einer Forderung mit Bindekraft für den debitor cessus auch das Recht, in Scheidung zwischen materieller und formeller Gläubigerschaft unter Zurückbehaltung der ersteren nur die letztere, das Recht der Einziehung der Forderung auf eigenen Namen, jemandem einzuräumen, umfaßt... Für die Bejahung der Frage bietet aber die Fassung der §§ 393, 395 I 11 A.L.R. allerdings hinreichenden Anhalt, indem sie den Sinn rechtfertigen, daß, sobald nur eine formell ordnungsmäßige Erklärung des bisherigen Gläubigers, daß der andere das Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein solle, vorliegt, der Schuldner die Legitimation des im Besitze dieser Erklärung befindlichen anderen zur Einziehung der Forderung .... nicht in Frage stellen kann. Diese erweiterte Auffassung des Zessionsbegriffes, nach welcher unter derselben auch die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung im eigenen Namen ohne Abtretung des materiellen Gläubigerrechts fällt, widerspricht auch der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsinstitutes nicht ...."[23]

21) Stein, a.a.O., § 835.

22) Müller, Bl. f. Rechtsanwendung, S. 967 ff.

23) Auch in Bd. 53, S. 417 heißt es: Daß eine solche Uebertragung der Forderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ebenso wirksam ist, wie nach dem früheren gemeinen und preußischen Recht. . ., daß der Schuldner der zedierten Forderung dem Zessionar weder die Einrede der Simulation der Zession entgegensetzen, noch die Klageberechtigung bestreiten kann, ist nach § 117, Abs. 2 und §§ 398, 409 B.G.B. rechtlich außer Zweifel.

Man wird also die Inkassozession in der Form, wonach dem Zessionar nur die Einziehungsbefugnis übertragen wird, während der Zedent sich das materielle Recht zurückbehält, als möglich und wirksam zulassen müssen. Es wird nun zu untersuchen sein, ob die Inkassozession ein fiduziarisches Rechtsverhältnis ist: Sämtliche von dem Zessionar vorgenommenen Prozeßhandlungen haben für den Zedenten bindende Kraft, da ja der Zessionar den Prozeß im eigenem Namen als Prozeßpartei führt und nicht nur als Vertreter des Zedenten. Der Prozeßführer könnte also auch mit bindender Kraft für den Zedenten Handlungen vornehmen, die diesem nachteilig sind. Im Innenverhältnisse ist der Zessionar aber verpflichtet, den Prozeß ordnungsgemäß zu führen und alles zu unterlassen, was dem Zedenten Schaden bringen könnte. Es liegt also ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Ueberträger der Einziehungsbefugnis und dem Dritten vor und zwar des Inhalts, daß der Dritte seine Stellung als Prozeßführer nicht zum Nachteil des Zedenten mißbraucht, wenn auch nicht von der Art, wie bei der wahren fiduziarischen Zession, wo der Zessionar die ganze Forderung übertragen erhält.

Praktisch wird man sich oft die Frage vorlegen, welche von den angeführten drei möglichen Konstruktionen der fiduziarischen Zession im Einzelfall gegeben ist und was hierfür maßgebend ist. Es bedarf wohl keiner näheren Ausführung, daß für die juristische Konstruktion der fiduziarischen Zession der Parteiwille allein maßgebend sein muß. Der Parteiwille kann aber hier verschieden gestaltet sein und wird in jedem einzelnen Falle vorher zu ermitteln sein. In den Fällen aber, in denen der Parteiwille sich nicht ermitteln läßt, weil sich die Parteien selbst nicht darüber klar geworden sind, was sie eigentlich gewollt haben, muß m. E. auf den Zweck und die Gründe zurückgegangen werden, die zu dem Abschluß des Rechtsgeschäftes geführt haben. Aus dem Zwecke wird man mühelos erkennen, was die Parteien gewollt haben. Wird das Rechtsgeschäft hauptsächlich im Interesse des Uebertragenden abgeschlossen, dann wird in der Regel eine Legitimationsübertragung als gewollt anzunehmen sein. Liegt dagegen das Interesse an dem Geschäft beim Zessionar, so wird man es in den meisten Fällen mit einer wahren fiduziarischen Zession zu tun haben. Jedoch darf das Interesse

der Parteien allein für die Konstruktion der fiduziarischen Zession nicht ausschlaggebend sein. Es wird immer der wahre Wille der Parteien zu prüfen und unter Umständen eine entgegengesetzte Entscheidung zu treffen sein.

IV. Die Arten der fiduziarischen Zession.

a) Die Inkassozession.

Dem Inhaber gewöhnlicher Geldforderungen stehen, falls er diese aus irgendwelchen Gründen nicht selbst einziehen will, zur Beitreibung durch dritte Personen mehrere Wege offen. Außer der Vollmachterteilung, die hier nicht näher behandelt werden soll, kann der Inhaber der Forderung (A) mit einem Dritten (B) einen Vertrag schließen, wonach dieser (A) die Forderung dem Dritten (B) zum Zwecke der Einziehung überträgt. Die Einziehung bezw. Einklagung der Forderung ist der einzige Zweck der Zession. Sie erfolgt also lediglich im Interesse des Zedenten. Um diesen Zweck zu erreichen, tritt der Inhaber der Forderung diese an den Dritten ab, sodaß dieser das volle Gläubigerrecht erhält. Diesem Außenverhältnis liegt ein Innenverhältnis zwischen den Parteien zugrunde, nämlich der Auftrag des Zedenten, daß der Zessionar die Forderung einziehen solle, und die Verpflichtung des Zessionars, den Erlös entweder vollständig oder nach Abzug einer vereinbarten Vergütung an den Zedenten herauszugeben. Zu anderen Verfügungen ist der Zessionar nicht befugt. Wenn die beiden Vertragschließenden (A und B) nach außen eine Abtretung der Forderung an B wollen, so ist dieser Uebertragungsakt stets losgelöst von dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft, das lediglich zu einem obligatorischen Nebenvertrage herabgemindert wird, der die überschießenden Wirkungen des Außenverhältnisses einschränken soll. Wird nun der Auftrag, der gemäß § 761 Abs. 1 B.G.B. grundsätzlich widerruflich ist, — es sei denn, daß im konkreten Falle ein Widerruf durch Parteivereinbarung ausgeschlossen worden ist, — vom Abtretenden widerrufen, so ändert sich nichts an dem dinglichen Vertrage, da die Abtretung als abstraktes Geschäft losgelöst ist von dem Grundgeschäfte, auf dem sie beruht. Gegenüber dem Zedenten verliert zwar der Zessionar die Berechtigung, die Forderung einzuziehen, an seiner Stel-

lung nach außen, insbesondere dem Schuldner gegenüber, kann ein derartiger Widerruf nichts ändern. Der Zedent hat nur die Möglichkeit, die Rückübertragung der Forderung nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. B.G.B.) zu fordern.

Die vertragschließenden A und B können aber auch einen Vertrag dahin schließen, daß B ermächtigt sein soll, die Forderung des A vom Schuldner C im eigenen Namen auf eigene Rechnung einzuklagen, ohne daß die Forderung selbst in das Vermögen des B übergehen soll. Daß ein derartiges Abkommen zulässig ist, ist oben bereits gesagt. Besonders häufig wird diese Form gerade bei der Inkassozession vorkommen, da der Zedent kein Interesse hat, auch das materielle Recht an den Zessionar abzutreten; im Gegenteil, der Zedent will den Gegenstand der Forderung in sein Vermögen bringen, aber dies soll so geschehen, daß ein Dritter für ihn die Forderung einzieht.

Welcher von den letztgenannten Wegen die Parteien bei der Inkassozession eingeschlagen haben, wird Tatfrage sein. Ihr Wille ist das maßgebende Moment. Beide Wege sind zulässig, wenn auch die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, recht verschieden sind.

Die Vornahme einer Inkassozession kann den verschiedensten Zwecken entspringen. Denkbar ist, daß der vielleicht wohlhabende A aus gesellschaftlichen oder verwandtschaftlichen Rücksichten gegen seinen Schuldner C nicht klagend vorgehen will, oder es ist ihm lästig und unbequem, mit einem Prozeß behelligt zu werden. Oder A will, da er keinen Beweis in den Händen hat, im Prozeß gegen seinen Schuldner als Zeuge auftreten. Oft wird es auch vorkommen, daß der Zedent die Kosten im Falle des Unterliegens scheut und deshalb einen unbemittelten Zessionar vorschiebt, der den Prozeß auf eigene Rechnung, d. h. mit der Gefahr der Kostentragung, führen soll. Nicht immer wird, wie das erste Beispiel zeigt, die Inkassozession deshalb vorgenommen, um den Schuldner zu benachteiligen. In den beiden letztgenannten Fällen, der „Zeugenschaftzession“ und der „Prozeßkostenzession“[1] kann jedoch leicht eine Schädigung des Schuldners beabsichtigt sein.

---

1) So Beroldzheimer, a. a. O., S. 28.

Bei der sogenannten Zeugenschaftzession läßt der Zedent die Forderung durch den Zessionar lediglich aus dem Grunde einklagen, um im Prozeß als Zeuge vernommen zu werden. Diese Form wird im Rechtsverkehr häufig in den Fällen vorkommen, in denen dem Zedenten andere Beweismittel fehlen. Bei der Gegenüberstellung der Willenserklärungen der Parteien ist ohne weiteres ersichtlich, daß weder ein Scheingeschäft nach § 117 I noch II B.G.B. vorliegt, vielmehr, daß die Parteien ernstlich beabsichtigen, daß der Zessionar nach außen eine andere (stärkere) Stellung einnehmen soll, als nach innen. In der Literatur und Rechtsprechung bestand früher die Ansicht, daß eine Zession als gegen die guten Sitten verstoßend nach § 138 B.G.B. nichtig sei, wenn der materiell als Kläger interessierte Zedent im Prozesse zum Zeugen in eigener Sache „gestempelt" werde.[2] Berolzheimer[3] sagt: „Eine solche Forderungsübertragung beruhe auf einem unlauterem Beweggrunde; darin, daß sich jemand künstlich in sich selbst ein Beweismittel schaffe, läge eine unehrliche Handlungsweise, ein Verstoß gegen die guten Sitten. Der Schuldner könne mittels Vorbringens der exceptio doli die Abweisung der Klage wegen mangelnder Sachlegitimation erreichen".

Die überwiegend herrschende Meinung und auch das Reichsgericht[4] erklärt eine fiduziarische Forderungsabtretung, die lediglich zu dem Zwecke vorgenommen wird, um dem Zedenten die Stellung eines Zeugen zu verschaffen, für vollwirksam. Das Reichsgericht erkennt zwar in einer Entscheidung[5] an, daß die prozessuale Stellung des Schuldners in diesem Falle nicht dieselbe sei, „wie sie ohne die Abtretung wäre, aber der Zedent mache lediglich von einem ihm vom Gesetze gewährten Rechte Gebrauch. Der Zedent, der in dieser Absicht die Abtretung vornehme, verschaffe sich dadurch ein Beweismittel, das ihm, wenn er selbst Partei wäre, nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht zukommen würde, da diese eine Vernehmung der Partei als Zeuge nicht anerkenne. Jedoch sei dieser Umstand allein nicht geeignet, die Maßnahme des Zedenten zu einem Verstoß gegen die guten Sitten zu stempeln. Auch werde die Lage des Schuldners

2) Staudinger Schuldv. I 1908 zu § 398; Kuhlenbeck, Bl. f. RA. Bd. 70, S. 341.
3 Berolzheimer, a.a.O., S. 28.
4) Abweichend noch Jur.W. 1906, S. 329.
5) Bd. 81, S. 160.

nicht derartig erschwert, daß man die Abtretung für sittenwidrig erklären müßte, weil das Gericht den Zedenten gemäß § 393, Abs. 1 Z. P. O. unbeeidigt zu vernehmen hätte und seine Aussagen auf Grund der freien Beweiswürdigung (§ 286 Z. P. O.) zu werten habe, sodaß tatsächlich die Zeugenaussage des Zedenten für das Gericht von geringem Werte sei."

Man wird auch nicht sagen können, daß eine zum Zwecke der Zeugenvernehmung des Zedenten vorgenommene Zession „dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden" widerspricht, wenn der Zedent zu seinem guten Rechte kommen will. Anders würde der Fall liegen, wenn die Zeugenstellung des Zedenten dazu benutzt werden sollte, um mittels einer falschen Aussage die eingeklagte Forderung zu erhalten. Ein derartiges Verhalten der Parteien würde die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten rechtfertigen können. In der Regel wird jedoch die Zeugenschaftzession zuzulassen sein.

Unter der Prozeßkostenzession ist der Fall der Inkassozession zu verstehen, bei dem der vermögende Fiduziant dem nicht vermögenden Fiduziar die Forderung zur Einziehung überträgt, um im Falle des Unterliegens im Prozeß nicht die Prozeßkosten tragen zu müssen. Der obsiegende Schuldner wird dann selten die Erstattung seiner Prozeßkosten erlangen können. Hier greift der Einwand aus § 138, Abs. 1 B. G. B. durch. Man kann einem Rechtsgeschäft, das nur eine materielle Schädigung des Schuldners und des Staates bezweckt, den Schutz des Gesetzes nicht zubilligen. Das Reichsgericht[6] sagt, daß das abstrakte Rechtsgeschäft der Abtretung wohl den verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken dienen kann, daß es aber nicht dazu mißbraucht werden dürfe, um den Gegner und den Staat der Möglichkeit zu berauben, ihren Rechtsanspruch auf Erstattung oder Zahlung der Kosten zu verwirklichen. Doch es würde m. E. zu weit gehen, jedes deratige Inkassoabkommen für nichtig zu erklären, wenn auch im Prinzip die Frage zu bejahen sein wird. Man könnte im Einzelfall berechtigte Interessen des Zedenten an einem derartigen Inkassoabkommen verletzen und würde auch das Institut der Inkassobureaus und Inkassoagenten, die in der Regel ärmer sind als ihre Machtgeber, vernichten, deren

6) Reichsgericht, Bd. 81, S. 176.

Lebensnotwendigkeit durch die fortschreitende Lebens- und Verkehrsentwicklung bewiesen ist.[7]

Schließlich gehören hier noch die Fälle, in denen ein Ausländer einem Inländer eine Forderung nur zu dem Zwecke überträgt, um der Einrede der mangelnden Sicherheit wegen der Prozeßkosten vorzubeugen oder um das Armenrecht zu erlangen. In diesen Fällen werden derartige Zessionen nicht ohne weiteres für nichtig zu erklären sein, sondern nur dann, wenn lediglich eine Schädigung von Schuldner und Staat wegen der Prozeßkosten beabsichtigt wird.

b. Die Sicherungszession.

Eine Sicherungszession liegt vor, wenn der Schuldner eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten seinem Gläubiger abtritt, um diesem wegen dessen Forderung Sicherheit zu leisten. Bei der Sicherungszession handelt es sich, genau so wie bei der Inkassozession, um eine Rechtsübertragung, die nicht als eine endgültige und unbedingte gedacht ist, sondern, wie aus dem Zwecke der Zession zu erkennen ist, um eine vorübergehende, dem bestimmten Zwecke dienende Rechtsübertragung. Der natürlichste Weg zur Erreichung des Sicherungszweckes wäre die Bestellung eines Pfandes. Jedoch bringt die Pfandbestellung für den wirtschaftlichen Verkehr mancherlei unpraktische Folgen mit sich. Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt nämlich im Interesse der Publizität des Pfandrechtes bei der Verpfändung von Mobilien die Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger. (§ 1205, Faustpfandrecht). Eine Mobiliarverpfändung mittels Besitzkonstituts ist verboten (§ 1205 B.G.B.). Desgleichen verlangt der § 1280 B.G.B. bei der Verpfändung von Forderungen oder anderer Rechte die Anzeige an den Drittschuldner, die im Einzelfall besonders umständlich sein kann. Hinzu kommt, daß gerade durch die Pfandbestellung eine ziemlich verwickelte Rechtslage geschaffen wird. Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, hat der praktische Rechtsverkehr andere, einfache und praktischere Rechtsformen geschaffen, die wirtschaftlich dem

---

7) So auch R.G.Z. 81, S. 176; Gruchot 60, S. 781; Staudinger, § 398, Nr. 5; Albrecht, a.a.O., S. 21, 22; a. M. Berolzheimer, a.a.O., S. 29; Schöninger, a.a.O., S. 175 und 190.

Pfandzwecke entsprechen. Ein solches Institut ist unsere Sicherungszession. Auch diesem Geschäfte ist eigentümlich das Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Sicherung einer Forderung wird eine andere Forderung abgetreten, die nicht zur Befriedigung oder zur Tilgung einer Schuld, sondern zur Sicherstellung einer Forderung abgetreten wird. Für den praktischen Zweck, den die Parteien verfolgen, wird also ein Rechtsgeschäft gewählt, das über jenen Zweck hinausgeht. Der Zessionar wird nach außen Gläubiger der Forderung; durch einen Nebenvertrag im Innenverhältnis wird seine Machtstellung eingeschränkt. Er muß sich verpflichten, im Falle seiner Befriedigung die Forderung an den Zedenten zurückzuübertragen; im Falle seiner Nichtbefriedigung ist er berechtigt, die Forderung, die ihm zur Sicherung abgetreten worden ist, einzuziehen und sich aus ihr zu befriedigen; einen etwaigen Ueberschuß muß er herausgeben. Die Parteien können aber auch der Rechtsübertragung eine dingliche Bindung beifügen in der Form, daß die abgetretene Forderung im Falle der Erledigung des Sicherungszweckes an den Zedenten ipso iure zurückfallen soll. Der Sicherungszweck erhält in diesem Falle die Bedeutung einer auflösenden Bedingung im Sinne des § 158, Abs. 2 B.G.B. Selten dürfte nach der sog. Legitimationstheorie nur die Uebertragung des formellen Gläubigerrechts an den Zessionar vereinbart sein, während sich der Zedent das materielle Gläubigerrecht zurückbehält; denn der Zessionar, der hier sichergestellt werden soll, hat großes Interesse daran, auch das materielle Recht zu erhalten. Mit dem nur formellen Gläubigerrechte wird er sich bei der Sicherungszession selten zufrieden geben.

Fraglich ist es, ob eine Sicherungszession auch dann wirksam ist, wenn die gesicherte Forderung nicht einklagbar ist. Man wird hier zwischen sog. Naturalobligationen des stärkeren Grades und des schwächeren Grades unterscheiden müssen. Nach Staudinger[8] versteht man unter Naturalobligationen des stärkeren Grades solche natürliche Forderungen, die durch vertragsmäßige Anerkennung zu vollkommenen oder durch Bestellung einer Sicherheit z. B. eines Pfandrechts zu unvollkommenen Zivilobligationen umgestaltet werden können, unter Naturalobligationen des schwächeren Grades solche, denen diese Möglichkeit aus rechtspolitischen Grün-

8) Staudinger, Recht der Schuldv. Vorb. I 9 b. vor § 241, B.G.B.

den entzogen ist, sodaß sie ausschließlich durch unmittelbare Erfüllung getilgt werden können. Zur ersten Gruppe sind zu zählen z. B. die verjährte Forderung; zur zweiten: die Spiel- und Wettschuld (§ 762 f), das sog. reine Differenzgeschäft (§ 764) und der Ehemäklerlohn (§ 656). Für die erste Gruppe der klaglosen Forderungen gibt uns der § 223 Abs. 2 B.G.B. eine bejahende Antwort. Er bestimmt, daß auf Grund der Verjährung der gesicherten Forderung der Zedent nicht die Rückübertragung der zur Sicherung abgetretenen Forderung verlangen kann. Daraus folgt, daß eine fiduziarische Sicherungszession von vornherein auch für eine klaglose (verjährte) Forderung zulässig ist. Anders steht es mit der zweiten Gruppe der klaglosen Obligationen. Nach herrschender richtiger Ansicht ist eine Vereinbarung einer Konventionalstrafe, die Bestellung eines Pfandrechts oder Bürgschaft, die Hingabe eines Wechsels für Forderungen aus Spiel-, Lotterie- und Differenzgeschäften ungültig. Das Reichsgericht sagt in einer Entscheidung[9] deutlich: „.... Weder durch Schuldanerkenntnis, noch durch Vergleich, noch durch Hingabe von Wechseln kann die ungültige Spielschuld gültig und klagbar gemacht werden. Ebensowenig kann sie durch Bürgschaft oder durch Pfand rechtsbeständig gesichert werden." Danach wäre auch der fiduziarischen Zession, die denselben wirtschaftlichen Zweck wie die Verpfändung einer Forderung verfolgt, hier die Rechtswirksamkeit zu versagen. Dies ist m. E. ganz billig, weil dadurch der Schuldner auf einem Umwege genötigt werden könnte, seine Verbindlichkeit zu erfüllen. In der Literatur ist diese Frage nur spärlich behandelt. Oertmann[10] und Crome[11] nehmen an, daß hier ein Rückforderungsrecht besteht, da es sich nicht um eine Erfüllung, sondern um eine Sicherstellung handle. Gegenteiliger Meinung ist Cosack,[12] der eine Rückforderung für ausgeschlossen erklärt, wenn eine Partei auf das Spielgeschäft einen Vorschuß geleistet oder Sicherheit bestellt hat. Das Reichsgericht[13] erklärt ferner eine Sicherungsabtretung zur Sicherung einer Forderung aus einem wucherischen Geschäfte gleichfalls für nichtig. Von dem Forderungspfand-

9) R.G.Z. Bd. 47, S. 48 ff.
10) Oertmann, Recht d. Schuldv. Kom. Berlin 1910, 3. u. 4. Aufl., § 762, I c.
11) Crome, B.G.B. II, § 289, S. 833.
12) Cosack, Lehrbuch, § 156 III 3 b; dergleichen Ansicht auch Berolzheimer, a.a.O., S. 21.
13) R.G.Z. Bd. 95, S. 245.

recht unterscheidet sich die Sicherungszession in der Frage der Akzessorietät. Für das Pfandrecht ist charakteristisch das ipso iure eintretende Freiwerden des verpfändeten Gegenstandes bei Erlöschen der Schuld. Dagegen erhält der Fiduziar in der Regel ein selbständiges, von der gesicherten Forderung unabhängiges Gläubigerrecht, anders ist es aber bei der Konstruktion der bedingten Forderungsübertragung, wo die abgetretene Forderung nach Erledigung des Sicherungszweckes an den Zedenten ipso iure zurückfällt.

Streitig ist ferner die Frage, ob eine Sicherungszession nur dann wirksam ist, wenn sie, wie bei der Forderungsverpfändung, dem Drittschuldner vom Gläubiger angezeigt wird (§ 1280 B.G.B.). Die herrschende Lehre[14] sieht in der Außerachtlassung der Anzeige an den Drittschuldner eine Gesetzesumgehung bezw. einen Vorstoß gegen ein Verbotsgesetz. Müller[14] meint: „... Alle diese Rechtsgeschäfte verfolgen denselben wirtschaftlichen Pfandrechtszweck und sind deshalb als Pfandgeschäfte zu bezeichnen. Daraus folgt eine wichtige Konsequenz. Da privatrechtliche Verbotgesetze in der Regel gegen den materiellen Inhalt eines Rechtsgeschäfts gerichtet sind und nicht gegen eine bestimmte Rechtsform, so unterliegen alle diese Rechtsgeschäfte notwendig auch den pfandrechtlichen Verbotsgesetzen, soweit diese eingreifen... Auch die zum Zweck der Sicherung vorgenommene Zession einer Forderung, ..., muß daher als unwirksam gelten, wenn die Voraussetzungen der gültigen Verpfändung einer Forderung d. i. Benachrichtigung des Drittschuldners oder Aushändigung der Beweisurkunden nicht vorhanden sind."

Der gegenteiligen m. E. richtigen Meinung ist vor allem Endemann.[15]

Der herrschenden Ansicht wäre nur dann beizupflichten, wenn der § 1280 B.G.B. ein Verbotgesetz wäre, d. h. wenn die Sicherung einer Forderung durch eine Forderung des Schuldners nur im Wege der Verpfändung nach Maßgabe des § 1280 erfolgen dürfte, und wenn nach dem Willen des Gesetzes jede andere Form der Sicherung aus-

14) So Hellwig, Arch. f. ziv. Praxis 64, S. 369; Kohler, Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 10, S. 151; Caspari, a.a.O., S. 42; Müller, Heinrich, a.a.O., S. 20, 24; Rehbein, B.G.B. zu § 398, 17.

15) Endemann: Lehrbuch des Bürg. Rechts II 1, 8. u. 9. Aufl. 1905, § 144, Anm. 3: „Wird ausdrücklich eine fiduziarische Abtretung vorgenommen, so wirkt sie nach §§ 398 ff. und daher auch ohne Anzeige; vgl. ferner R.G.Z. Bd. 59, S. 148; Staub, Kom. § 368, Anm. 105 a.

geschlossen sein sollte. Dies ist aber weder nach dem Wortlaute noch nach der Entstehungsgeschichte des § 1280 der Fall. § 1280 BGB. ist kein Verbotsgesetz. Daher muß es, solange nicht ein gegenteiliger Wille des Gesetzes klar ersichtlich ist, gestattet sein, daß die Parteien bei der Beschaffung von Kredit durch Realsicherheit andere Wege einschlagen, als den der Verpfändung. Wenn nun die Sicherungszession benutzt wird, um das Pfandrecht zu ersetzen, so wirkt sie gemäß §§ 398 ff. B.G.B. auch ohne Anzeige an den Schuldner. Mag auch der wirtschaftliche Zweck der beiden Rechtsinstitute derselbe sein, rechtlich sind sie ihrem Wesen nach durchaus verschieden. Während sich die Verpfändung lediglich als eine dingliche Belastung der Forderung mit dem Rechte eines Dritten darstellt, ohne daß ein Gläubigerwechsel eintritt, handelt es sich bei der Sicherungszession um eine Vermögensentäußerung, bei der die Gläubigerstellung in vollem Umfange auf den Zessionar übergeht.

c) Die übrigen Erscheinungsformen der fiduziarischen Zession.

Es ist schon erwähnt worden, daß die fiduziarische Zession zur Erreichung verschiedenartiger Zwecke des rechtlichen Verkehrs in Anwendung gebracht werden kann. Eine erschöpfende Aufzählung der einzelnen Arten ist ganz undenkbar. Jedoch sollen in Kürze noch zwei charakteristische Erscheinungsformen der fiduziarischen Zession erwähnt werden.

Einen interessanten Fall einer fiduziarischen Zession, eine sog. Verwaltungszession, erwähnt Berolzheimer[16]: Ein insolventes Rechtssubjekt z. B. eine Bankfirma überträgt ihre sämtlichen Aktiven an ein anderes größeres Institut, in der Regel an eine Treuhandgesellschaft, zum Zwecke der vollständigen Verwaltung. Der Zweck dieser Zession ist die Verwaltung sämtlicher Forderungen zum eigenen Rechte. Der Zessionar erhält vom Zedenten das Recht, über die Forderungen nach freiem Ermessen, natürlich innerhalb einer ordnungsmäßigen Verwaltung, zu verfügen. Ein festumgrenzter Zweck der Zession wird hierbei nicht vereinbart.

Ein Beispiel für die Legitimationstheorie erwähnt Staub.[17] Bei der Namensaktie wird oft die Form der Ab-

16) Berolzheimer, a.a.O., S. 30.
17) Staub, § 22, Anm. 16 bis 22.

tretung oder des Indossaments dazu benutzt, um den, an den abgetreten wird, oder den Indossator nicht zum Eigentümer der Aktie, zum Mitgliede der Gesellschaft zu machen, sondern um ihn nur nach außen als solchen zu legitimieren, ihm das Recht und die Möglichkeit zur Ausübung der Rechte zu geben, während das Eigentum an der Aktie, die Mitgliedschaft beim Abtretenden bezw. Indossanten verbleiben soll. (Cessio in legitimationem). Dasselbe gilt entsprechend für die Inhaberaktie.[18]

V. Charakter des Innenverhältnisses zwischen Fiduziant und Fiduziar.

Der Verpflichtungsvertrag im Innenverhältnis soll den Treuhänder verpflichten, die ihm übertragene stärkere Stellung zur Herbeiführung des bestimmten wirtschaftlichen Zweckes zu verwenden. In dem Verpflichtungsvertrage wird zum Ausdruck gebracht, aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke dem Fiduziar das abstrakt übertragene Recht übertragen wird. Inhaltlich wird daher der Verpflichtungsvertrag verschieden sein, da er sich nach dem Zwecke des Rechtsgeschäftes richten muß. Eine große Reihe derartiger Verpflichtungsverträge wird das gemeinsame Ziel haben, daß der Fiduziar seine Rechtsstellung zur Verwaltung, insbesondere zur Geltendmachung der Rechte gegen Dritte verwenden soll. Bezüglich der rechtlichen Natur der Verpflichtungsverträge, die hauptsächlich die Erfüllung der oben erwähnten Pflichten verlangen, wird man in den meisten Fällen zu dem Schlusse kommen, daß ein Auftrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches vorliegt oder ein dem Auftrag ähnliches Vertragsverhältnis. Durch den Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte zu einer unentgeltlichen Tätigkeit für einen anderen, den Auftraggeber. Erhält der zum Handeln Verpflichtete für seine Verrichtungen eine Vergütung, die in der Regel entweder in einer festbestimmten Summe oder z. B. bei der Inkassozession in gewissen Prozenten der einkassierten Beträge besteht, so ist dieser Auftrag als Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 B.G.B. aufzufassen.[19]

18) Staub, Kom. § 23, Anm. 17.
19) Vgl. Jur.W. 1906, S. 109.

Ueber den Begriff der Geschäftsbesorgung herrscht in der Literatur großer Streit. Jaeger[20] bezeichnet den Begriff der Geschäftsbesorgung „ohne Zweifel als den dunkelsten Punkt in der Lehre von den Arbeitsverträgen". Es kann demnach im Rahmen dieser Arbeit nicht näher auf die einzelnen Streitfragen über den Begriff der Geschäftsbesorgung eingegangen werden. Sie sind auch hier ohne Interesse.

---

20) Jaeger, Kom. z. K. O., § 22, Anm. 10.

Zweiter Teil.

Die Wirkungen des Konkurses auf die fiduziarische Zession.

I. Hat der Fiduziant ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduziars?

Praktisch von einschneidenster Bedeutung für die Parteien ist die rechtliche Beurteilung der fiduziarischen Zession im Konkurse des Fiduziars, ehe dieser den in dem obligatorischen Vertrage übernommenen Verpflichtungen nachgekommen ist. Es entsteht hier die wirtschaftlich wichtige Frage, ob der Fiduziant nach § 43 K. O. einen Anspruch auf Aussonderung der fiduziarisch übertragenen Forderung aus der Konkursmasse des Fiduziars geltend machen kann oder ob die Forderung zur Konkursmasse des Fiduziars gehört. Die Konkursordnung selbst enthält darüber keinerlei ausdrückliche Bestimmungen. Die Beantwortung der oben gestellten Frage hängt davon ab, welche der drei als gültig angesehenen Theorien im Einzelfalle anzuwenden ist und wie sich konsequenterweise die Rechtslage im Konkurse des Fiduziars gestaltet. Fast alle Theorien, die über die fiduziarische Zession entstanden sind, sind auf die im Thema der Arbeit enthaltene Frage zugeschnitten, nämlich auf die Frage der Aussonderung im Konkurse des Fiduziars.

Nach § 1 K. O. besteht die Konkursmasse aus dem gesamten Vermögen des Gemeinschuldners z. Zt. der Konkurseröffnung, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt. Daraus folgt, daß zur Konkursmasse nicht gehören, abgesehen von dem, was der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung erwirbt: 1) die Vermögensstücke des Gemeinschuldners, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen und 2) die Vermögensstücke, die sich zwar beim Gemeinschuldner befinden, ihm aber nicht gehören. Die rechtliche Behandlung der Vermögensstücke zu 1) interessiert uns hier nicht. Dagegen müssen die Vermögensstücke zu 2), da sie zur Konkursmasse nicht gehören, den Berechtigten wiedergegeben werden, d. h. sie müs-

sen aus der Konkursmasse ausgesondert werden. Nach § 43 K. O. versteht man unter einem Aussonderungsanspruch einen Anspruch eines dinglich oder persönlich Berechtigten auf Herausgabe eines in der Konkursmasse befindlichen, aber dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Gegenstandes. Ob ein Aussonderungsanspruch gegen die Konkursmasse besteht, richtet sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen.

Hat nun der Fiduziant im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht, wenn man nach dem Willen der Parteien dem Rechtsverhältnisse die Theorie der fiduziarischen Forderungsübertragung zugrunde legt?

Die meisten Schriftsteller, die Anhänger dieser absoluten Theorie sind, gelangen dabei zu dem Ergebnis, daß dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zuzubilligen sei, teils deshalb, weil sie das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts nicht richtig erkennen, teils infolge einer besonderen Auffassung des fiduziarischen Eigentums oder infolge einer Verwechselung der Begriffe „Eigentum" und „Vermögen".

Es sollen hier nun die Ansichten einiger Autoren — Anhänger der absoluten Theorie — kurz angeführt werden, die das Aussonderungsrecht des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars bejahen.

Regelsberger[1] gibt unter Aufgabe seiner im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 63, S. 186 für das fiduziarische Eigentumsindossament vertretenen Ansicht dem Rechtsüberträger im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht auf den fiduziarisch übertragenen Gegenstand, obgleich er den Fiduziar als Eigentümer anerkennt. Seine Ansicht beruht anscheinend auf Billigkeitserwägungen. Gründe gibt er nicht an.

Recht interessant sind die Ausführungen Kohlers,[2] der — speziell für das Vollindossament zum Inkasso — den Feduziar zwar als Eigentümer anerkennt, es aber für ungerecht hält, wenn man konsequenterweise dem Fiduzianten das Aussonderungsrecht versagt. Kohler fordert lediglich aus Billigkeitserwägungen ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten, wenn er behauptet, es sei „ein einleuchtendes Postulat der

1) Regelsberger Pandekten 1893, Bd. 1, § 141, S. 519.
2) Kohler, Jherings Jahrb. 1878 B. 16, S. 347 ff., S. 353; Lehrb. d. Konkursrechts 1891, S. 19.

Gerechtigkeit, daß das Recht dem Indossanten eine rei vindicatio utilis auf Rückübertragung des Wechsels gewährt, daß es den obligatorischen Anspruch bis zum dinglichen steigert und diesen vollkommen außer Konkurrenz setzt mit den übrigen obligatorischen Ansprüchen."

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß eine derartige rei vindicatio, die den ursprünglich obligatorischen Anspruch im Konkurse des Fiduziars zu einem dinglichen steigert, einer positiven Anerkennung im Gesetz oder Gewohnheitsrecht bedarf, um durchgreifen zu können.[3] Nirgends findet sich aber ein Anhaltspunkt oder ein Beispiel dafür. Wenn Kohler das Aussonderungsrecht des Fiduzianten ein Postulat der Gerechtigkeit nennt, so ist dem entgegenzuhalten, daß man zwingende Rechtsnormen nicht unter Regel beugen kann, die nach unserem Gefühl recht und billig sind.

Enneccerus[4] gewährt gleichfalls dem Zedenten im Konkurse des Zessionars, trotzdem dieser nach seiner Meinung der allein Verfügungsberechtigte über die Forderung ist, ein Aussonderungsrecht, „da sonst die Gläubiger auf Kosten des Fiduzianten befriedigt würden". Es ist dieselbe rei vindicatio utilis, die Kohler vorschlägt. Staudinger[5] und Düringer-Hachenburg[6] billigen ebenfalls nur aus Billigkeitserwägungen dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zu, obgleich sie zugeben, daß der Gegenstand rechtlich sich im Vermögen des Zedenten befindet.

Nach Staub[7] hat der Fiduziant im Konkurse des Treuhänders auf Grund des Treuverhältnisses einen Aussonderungsanspruch nach § 43 K.O. mit den Besonderheiten, die sich aus dem Inhalt des Uebereignungsvertrages ergeben. Bei der Sicherungszession braucht daher der Fiduziar die ihm übertragene Forderung nur zurückzuübereignen, falls der Fiduziant ihn aus der gesicherten Forderung befriedigt.

Nach Weidemann[8] hat das Aussonderungsrecht des § 43 K.O. zur Voraussetzung nicht die juristische, sondern die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Aussonderungsgegenstandes zum Vermögen des Berechtigten. „Denn die Vor-

3) Vgl. Weinberger, a.a.O., S. 405, Schlegelmilch, a.a.O., S. 45.
4) Enneccerus, Lehrb. d. Bürgl. Rechts I, 2 Schuldv. 1927, 23. bis 27. Aufl., § 303 IV, 1.
5) Staudinger, B.G.B., § 398, S. 452.
6) Düringer Hachenburg II, 2. Aufl. 1910, § 368, Anm. 128 dd.
7) Kom. H.G.B. § 303, Anm. 112.
8) Weidemann, Bank-Archiv V, S. 178 ff.

schrift spricht nicht davon, daß jener Gegenstand „Eigentum" oder „Recht" des Fordernden sei, sondern daß er ihm „gehöre". Bei der fiduziarischen Zession sei der Fiduziar zwar Gläubiger der Forderung geworden, wirtschaftlich sei aber die Forderung nicht voll in sein Vermögen übergegangen." Weidemann schließt sich der Theorie der bedingten Forderungsübertragung an und kommt somit zu einem Aussonderungsrecht.

Aehnlich spricht sich Schmidt[9] für das Wechselrecht aus, ohne eine auflösend bedingte Forderungsübertragung anzunehmen. Er sagt: „. . . Aber wohl mit Recht gewährt die herrschende Meinung dem Indossanten die Aussonderung; denn nach der Tendenz des Geschäfts dürfte der Gemeinschuldner nicht über den Wechsel verfügen; letzterer gehört, wenn auch in sein Eigentum, doch nicht zu seinem Vermögen im Sinne des für seine Privatzwecke rechtlich disponibeln Güterstandes."

Die Konstruktion der beiden letztgenannten Schriftsteller ist abzulehnen, weil die juristische Frage über die Zugehörigkeit der Forderung von wirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängig gemacht wird. Rechtliche Begriffe lassen sich nicht je nach wirtschaftlichen Zwecken, die mit einer Rechtswirkung erstrebt werden, formen. Es geht nicht an, die für unser Recht feststehenden Begriffe „Eigentum" und „Recht" lediglich nach wirtschaftlichen, auf Billigkeitserwägungen beruhenden Gesichtspunkten zu beurteilen. Die wirtschaftliche Zugehörigkeit eines Rechtes kann für das Rechtsleben niemals entscheidend sein. Lilienthal[10] sagt mit Recht, daß „die Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie zu verschwommenen, die Festigkeit des Rechts auflösenden Zuständen führe.

Nicht unerwähnt soll Brütt's[11] beachtenswerter Versuch bleiben, unter Heranziehung des Kommissionsverhältnisses gemäß § 392 H.G.B. die Möglichkeit eines doppelten Eigentums bei fiduziarischen Rechtsgeschäften darzutun, indem er den § 392 H.G.B. auf die Fälle fiduziarischer Rechtsübertragungen anwenden will. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht hat bezüglich der Forderungen, die der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten erworben hat.

9) Schmidt, Richard, Zeitschrift für deutsch. Zivilprozeß, Bd. 29, S. 547, 548.
10) Lilienthal, D.J.Z. 1902, Nr. 23, S. 543.
11) Brütt, a.a.O., S. 6 ff.

Brütt hält es für völlig abwegig, die analoge Anwendung des § 392 H.G.B. mit der Begründung abzulehnen, daß Sondervorschriften überhaupt nicht analog angewendet werden dürfen. Er gelangt unter Zugrundelegung der analogen Anwendung des § 392 H.G.B. zu dem Schluß, daß bei allen fiduziarischen Rechtsgeschäften der anvertraute Gegenstand im Verhältnis zu den Gläubigern des Fiduziars als zum Vermögen des Fiduzianten gehörend angesehen werden muß. „Daher ist der dem Fiduzianten kontraktliche oder kondiktizische Anspruch kein relativ wirkender Rechtsbehelf, der im Konkurse nur entsprechend der Dividende zur Hebung kommt, sondern der obligatorische Anspruch nimmt den Charakter einer dinglich wirkender rei vindicatio utilis im Sinne Iherings an, sodaß der Fiduziant im Konkurs des Fiduziars aussonderungsberechtigt ist . . ."

Der Ansicht Brütt's wird mit Recht entgegengesetzt,[12] daß der § 392 H.G.B. eine Ausnahmevorschrift für ein bestimmtes Rechtsinstitut mit gesetzlich normierten Wirkungen ist und daher nach allgemein rechtlichen Grundsätzen nicht analog für ähnliche Verhältnisse aus Billigkeitsgründen angewendet werden kann. Wienstein führt aus: „Merkwürdig, das bei Brütt zur Rechtfertigung des Abweichens vom Eigentumsbegriff die Berufung auf § 392, Abs. 2 H.G.B., welche Jaeger in seiner K.O. hatte fallen lassen, wieder auftaucht. Brütt beruft sich zur weiteren Rechtfertigung auf seine „Kunst der Rechtsanwendung". Ich meine aber, daß die Kunst hier zu viel leisten soll. Wie soll es, wenn das Gesetz ein bestimmtes Rechtsinstitut, das Kommissionsgeschäft, mit gesetzlich normierten Wirkungen schafft, gerechtfertigt werden, daß die Grundsätze dieses Instituts eine über seinen Bereich hinaus erweiterte Anwendung finden."

Für den Fall der Sicherungszession ist die analoge Anwendung des § 392 H.G.B. auch deswegen abzulehnen, weil der Fiduziar im *eigenen* Interesse und für *eigene* Rechnun handelt, während der Kommissionär lediglich im Interesse des Kommittenten und für *dessen* Rechnung tätig ist.

Eigene Auffassung.

Wenn nach dem Willen der Parteien die Forderung in das Vermögen des Fiduziars übergegangen ist und nur obli-

12) Wienstein, L.Z. 1908, Nr. 13, S. 882 ff.

gatorisch nach Erledigung des die Abtretung zugrundeliegenden Zweckes eine Rückübertragung der Forderung bezw. eine Herausgabe des Erlöses bei der Inkassozession vereinbart worden ist, so läßt sich ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars **nicht** begründen. Es ist ausgeführt worden, daß unser geltendes Recht den Begriff des relativen Eigentums, das den Fiduziar nach außen zum vollen Gläubiger der Forderung macht, während im Innenverhältnisse die Forderung beim Fiduzianten verbleibt, nicht kennt. Wird also das Forderungsrecht dem Fiduziar unbeschränkt übertragen, so gehört es im Sinne des § 43 K.O. auch zu seinem Vermögen. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, daß dem Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars nur obligatorische Ansprüche gegen die Konkursmasse entstehen. Der Fiduziant ist gewöhnlicher Konkursgläubiger, ein Aussonderungsrecht kann ihm in keiner Form zugebilligt werden, solange es dafür keine gesetzliche Grundlage gibt. Die verschiedenartigen Konstruktionsversuche der Anhänger dieser absoluten Theorie, die dem Fiduzianten, sei es aus Billigkeitsgründen, sei es, weil sie einen Unterschied zwischen Gläubigerrecht und Vermögen machen, sind juristisch nicht haltbar und nur deshalb entstanden, weil man vom wirtschaftlichen Standpunkte aus es als hart und unbillig empfunden hat, dem Fiduzianten das Aussonderungsrecht zu versagen.

Den Ausgangspunkt zu den Meinungsverschiedenheiten in der Frage des Aussonderungsrechts finden wir schon bei den Verhandlungen der Reichstagskommission zur Konkursordnung, die sich sehr eingehend mit unserer Frage beschäftigt hat. Die überwiegende Auffassung ging damals dahin, daß die Zulassung der Aussonderung selbstverständlich sei, da sie sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts ergebe. Dadurch werde die Aufnahme einer besonderen Bestimmung überflüssig.[13] Goldschmidt[14], der Führer der Minderheit, hielt dagegen die Aufnahme für notwendig und stellte auch einen entsprechenden Antrag aus der Erwägung heraus, daß es „wider die Fundamentalsätze unseres Rechts" verstöße, wenn beim fiduziarischen Geschäft der Indossator Eigentümer werde gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber dem Indossanten. Der Antrag Goldschmidt's wurde

13) Vgl. Hahn, Prot. S. 541 ff., 619, 621, 660.
14) Vgl. Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. 28, S. 83; Hahn, Prot. 540, 619, 659.

abgelehnt, dagegen als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter zu Protokoll konstatiert:[15] „Durch den § 35 des Entwurfs soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung“, „zur Sicherung“ oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält“.

Man wird sich nach der Bedeutung dieser protokollarischen Feststellung fragen müssen. Die Literatur ist sich über ihre Bedeutung nicht einig. Manche gehen soweit, daß sie ihr geradezu die Bedeutung einer gesetzlichen Bestimmung beimessen. Sarwey-Bossert[16] nimmt an, daß die Rechtsprechung die Konstatierung als die wirkliche Absicht der gesetzgebenden Faktoren anerkennen müsse, weil gegen den vom Berichterstatter v. Bahl in der Reichstagssitzung vom 2. Dezember 1876 erstatteten mündlichen Bericht, in dem diese Konstatierung ausdrücklich erwähnt worden ist, keine Verwahrung erfolgte, und der Reichstag dem Entwurfe im Ganzen zustimmte. Jaeger[17] rechtfertigt seine Ansicht nicht mehr mit konstruktionellen Erwägungen, sondern aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, obwohl er zugibt, daß die protokollierte Festlegung nicht gerade eine autentische Interpretation bildet, und damit, daß die Aussonderung in konsequenter gerichtlicher Uebung ihre gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden habe. Von anderer Seite[18] wird dagegen die der Erklärung zugeschriebene lesgislative Kraft lebhaft bestritten. Es wird dabei mit Recht geltend gemacht, daß ebensowenig wie die Motive besondere protokollarische Erklärungen Gesetzeskraft besitzen, daß außerdem damals, wie auch zugegeben wird, in dieser Frage keine Einigkeit geherrscht hat. Welchen Wert hat nun die protokollierte Feststellung für das Aussonderungsrecht? M. E. handelt es sich um die Auslassung einer Bestimmung, welche vom Gesetzgeber als Recht

15) Hahn, Prot. S. 666, 667.
16) Sarwey-Bossert K.O., 4. Aufl. 1901, § 43, Nr. 2, S. 205.
17) Jaeger K.O., § 43, Anm. 40.
18) Goltz, a.a.O., S. 88; Seuff. Arch. Bd. 49, Nr. 113; v. Wilmowski, Einleit. K.O., S. 16, 17.

gefühlt oder für solches angesehen worden ist und darum als selbstverständlich erschien. Zur autentischen Interpretation kann diese Bestimmung nicht herangezogen werden, da sich aus der Entstehungsgeschichte nur Zweifel aus der Fassung des Gesetzes, niemals aber Lücken beseitigen lassen.[19] Dagegen stellt die Feststellung, wie Stauffacher[20] mit Recht sagt, ein bedeutsames Auslegungsmittel dar, zwar nicht im Sinne eines Ersatzes dafür, daß die Aufstellung ihres Inhalts unterlassen worden ist, sondern als ein wissenschaftliches Mittel zur Auslegung des Aussonderungsbegriffs. Sie ist, ebenso wie die Motive, ein Auslegungsmittel, jedoch nur im Sinne „freier wissenschaftlicher Betrachtung".

Eine andere, jedoch für die juristische Behandlung nicht in Betracht kommende Frage ist es, ob das gewonnene Ergebnis vom wirtschaftlichen Standpunkte aus billig und gerecht ist. Es mag zugegeben werden, daß die konsequente Durchführung der Theorie im Einzelfall für den Fiduzianten eine Härte bedeutet. Jedoch ist es nicht gleich angebracht, von einem rechtlich zu berücksichtigen Unrecht zu sprechen; denn wer sein Eigentum weggibt, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß darüber zu seinem Schaden verfügt wird. Der Fiduziant, der von dem Rechtsgeschäfte z. B. bei der Inkassozession oder bei den sog. Verwaltungszessionen seinen Vorteil hat, muß sich, bevor er sich zu einer vollen Rechtsübertragung entschließt, seinen Vertrauensmann, auf dessen Treue und Zuverlässigkeit er angewiesen ist und dessen er sich auch bewußt ist, ansehen. Wählt er einen wirtschaftlich schwachen, der später in Konkurs fällt, so ist es seine Schuld und darf sich nicht darüber beklagen. Dergleichen Rechtsgeschäfte sind auch in dieser Beziehung auf dem gegenseitigen Vertrauen aufgebaut. Vor- und Nachteile sind auf beiden Seiten gleichmäßig verteilt. Hellmann[21], ebenfalls ein Gegner des Aussonderungsrechts, erwähnt in diesem Zusammenhange treffend, daß die Gläubiger des Fiduziars vom Standpunkte der materiellen Gerechtigkeit einen Anspruch darauf haben, über den Vermögensstand ihres Schuldners, der für sie die Kredit-

19) Vgl. Dungs, Bruchot Beitr. 32, S. 11 ff.
20) Stauffacher, a.a.O., S. 30, 31.
21) Lehrb. d. deutschen Konkursrechts 1907, § 17, Anm. 2.
22) Gegner der Aussonderung sind ferner: Lang, Arch. f. ziv. Praxis 83, S. 336 bis 351; Goltz, a.a.O., S. 85 ff. Seuffert Lothar: Deutsches Konkursprozeßrecht, S. 94, Anm. 10; Dreyer in Gruchot Bd. 40, S. 458 ff.; Schönn, Arch. f. bürg. Recht 35, S. 338 ff.; Bing, a.a.O., S. 28 ff. Weitere Literatur angegeben in Jaeger, Kom. z. K.O., § 43, Anm. 38.

basis bildet, nicht dadurch getäuscht zu werden, daß man den Schuldner mit Vermögen ausstatten läßt, das im Konkursfalle sich verflüchtigt.

b) Nach der Theorie der bedingten Forderungsübertragung.

Legt man dem Parteiwillen die Theorie der bedingten Forderungsübertragung zugrunde, so gelangt man zu einem Aussonderungsrecht des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars. Wann eine bedingte Forderungsübertragung als von den Parteien gewollt anzunehmen ist, ist bereits oben (unter Teil I A III 3 b) hervorgehoben. Hier wird es sich nur darum handeln, zu untersuchen, wann im Konkursfalle des Treuhänders die Bedingung eintritt, die dem Treugeber das Aussonderungsrecht gibt, natürlich in dem Falle, daß Konkurs eröffnet wird, bevor die Bedingung (Einziehung der Forderung bei der Inkassozession oder Tilgung der Schuld durch den Sicherungszedenten bei der Sicherungszession) eingetreten ist. Nach Schultze[23] führt die Konkurseröffnung allein noch nicht den Eintritt der Resolutivbedingung herbei, weil sie auch nicht das Erlöschen des Auftrags herbeiführt. Diese Wirkung hat erst der Widerruf des Auftrags oder als zweckverletzende Handlung die Einbeziehung der Forderung in die Konkursmasse. Derselben Ansicht ist sein Anhänger Schlegelmilch[24], der ebenfalls in dem Widerruf des Auftrags oder in der Einbeziehung der Forderung in die Konkursmasse den Eintritt der Resolutivbedingung sieht, weil dadurch dem Fiduziar die Erfüllung seiner Aufgabe unmöglich geworden ist.

M. E. ist bei Zugrundelegung dieser Theorie der Eintritt der Resolutivbedingung schon auf den Augenblick der Konkurseröffnung zu verlegen.[25] Es ist richtig, daß diejenigen Rechtsbeziehungen, die sich aus dem Innenverhältnisse (Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag § 675 B.G.B.) zwischen Treugeber und Treuhänder ergeben, von der Konkurseröffnung nicht berührt werden. Dagegen wird die Forderung, die unter einer dinglich wirkenden Resolutivbedingung voll und ganz in das Vermögen des Gemeinschuldners gehört, im Augenblick der Konkurseröffnung Bestandteil

23) Schultze, a.a.O., S. 23 u. S. 56.
24) Schlegelmilch, a.a.O., S. 47.
25) Vgl. auch Weinberger, a.a.O., S. 413, 414.

der Konkursmasse. Der Gemeinschuldner verliert gemäß § 6 K.O. mit Eröffnung des Verfahrens die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen, also auch die fiduziarisch übertragene Forderung, zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Dieses Recht geht auf den Konkursverwalter über, der das zur Masse gehörige Vermögen gemäß § 117 K.O. in Besitz zu nehmen und zu verwalten hat. Daher ist es dem Treuhänder schon im Augenblick der Konkurseröffnung unmöglich, seinen Pflichten gemäß den Weisungen des Fiduzianten gerecht zu werden, da ihm die Verfügungsgewalt über die fiduziarisch übertragene Forderung genommen ist.

c) Nach der Theorie der Legitimationsübertragung.

Haben die Parteien unter sich vereinbart, daß der Treuhänder nur zur Geltendmachung des anvertrauten Rechtes legitimiert werden soll, so ist ein Aussonderungsrecht des Treugebers begründet. Diese Konstruktion wird, wie schon erwähnt worden ist, bei der Inkassozession sehr häufig dem Parteiwillen entsprechen. Jedoch schließt der Zweck der Sicherung an sich nicht aus, daß der Parteiwille darauf gerichtet sein kann, dem Fiduziar nur das Legitimationsrecht zu überlassen. Im Wechselrecht wird diese Konstruktion häufiger anzutreffen sein. Der Parteiwille kann hier dahin gehen, dem Fiduziar das Papier zum Zwecke seiner Sicherstellung in Verwahrung zu geben („Nur zur Sicherstellung"). In diesen Fällen ist natürlich ein Aussonderungsrecht zu bejahen. Unbillige Ergebnisse, die eine Folge der Konstruktion der fiduziarischen Forderungsübertragung (absolute Theorie) sein können, wird man vor allem bei der Inkassozession dadurch vermeiden können, daß man derartige fiduziarische Zessionen nach Möglichkeit als Legitimationsübertragungen auffaßt, was ja auch in der Regel dem Parteiwillen entsprechen wird. Da in diesen Fällen die Forderung nicht übergegangen ist, ist der Fiduziant aussonderungsberechtigt.

II. Der Konkurs über das Vermögen des Fiduzianten.

Im Konkurse des Fiduzianten gehören für den Fall der fiduziarischen Zession (absolute Theorie) nur die obligatorischen Ansprüche des Fiduzianten gegen den Fiduziar auf Rückübertragung der Forderung, Herausgabe des Erlöses

oder auf Schadensersatz zur Konkursmasse. Die Geltendmachung dieser Ansprüche steht dem Konkursverwalter nach Maßgabe der Vorschriften der Konkursordnung zu, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. In sonstiger Hinsicht sind Besonderheiten nicht vorhanden. Der Fiduziar hat volles Gläubigerrecht an der abgetretenen Forderung erworben. Sie ist also in das Vermögen des Fiduziars übergegangen und gehört daher nicht zur Konkursmasse im Konkurse des Fiduzianten.

Streitig ist hier nur, welche Rechte der Sicherungszessionar hinsichtlich der sichergestellten Forderung gegenüber der Konkursmasse des Zedenten hat, wenn ihm die Sicherungsforderung zu vollem Gläubigerrechte übertragen worden ist. Es handelt sich hier um die Frage, ob der Zessionar zunächst Befriedigung aus der Sicherungsforderung wie ein Absonderungsberechtigter suchen und nur den Ausfall zum Konkurs anmelden kann oder ob er als Konkursgläubiger zunächst anteilsmäßige Befriedigung verlangen kann, und nur, soweit er ausgefallen ist, sich aus der ihm zur Sicherung abgetretenen Forderung befriedigen kann. In diesem Falle ist er dann nur zur Herausgabe des Ueberschusses verpflichtet. Die Reichskonkursordnung selbst enthält darüber keine ausdrücklichen Bestimmungen. In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Diejenigen Schriftsteller[26], die im Konkurse des Zessionars dem Zedenten ein Aussonderungsrecht zubilligen, vertreten die zuerst angeführte Ansicht. Man ist sich jedoch darüber klar, daß der Fiduziar nach den Vorschriften der Konkursordnung nicht zu den Absonderungsberechtigten gehört, da unter diesen nur solche Gläubiger zu verstehen sind, „die vorzugsweise Befriedigung aus einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande kraft eines Faustpfandrechtes oder eines diesem gleichstehenden Rechts beanspruchen", will ihn aber aus den verschiedensten Gründen wie einen Absonderungsberechtigten behandelt wissen.[27] So äußert sich v. Wilmowski[28]: „War dem Gläubiger nur zur Sicherung seiner Forderung eine Forderung des Gemeinschuldners ab-

26) Jaeger, a.a.O., § 48, Anm. 11; Staub, H.G.B., § 368, Anm. 111; Düringer-Hachenburg, 2. Aufl., § 368 Anm. 130 d; Wendt, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 100, S. 402; v. Wilmowski, a.a.O., § 48, Anm. 9, § 64, Anm. 5; Rehbein: Das bürg. Gesetzbuch II Berlin 1903, § 398, Anm. 17; Menzel, Kom. zur K.O., § 43, Anm. 2; Müller, Heinrich, a.a.O., S. 36, 37; R.G.J. Bd. 24, S. 45.

27) Hellwig, a.a.O., S. 393; Berolzheimer, a.a.O., S. 50.

28) v. Wilmowski, a.a.O., § 64, Anm. 5.

getreten, so hat er an dieser auch nur das Absonderungsrecht, und kann nicht seine eigene Forderung voll und anders als nach §§ 64, 153 K.O. liquidieren, auch nicht ein Aussonderungsrecht an der abgetretenen Forderung beanspruchen; dies entspricht dem öffentlichen Interesse an der Regelung der Kreditverhältnisse und in der Regel auch der sachgemäßen Auslegung der betreffenden Willenserklärungen, welche als Endresultat nicht die absolute Ausscheidung der Forderung aus dem Vermögen des Schuldners, sondern nur die entsprechende Befriedigung des Gläubigers wollen".

v. Wilmowski ist sich also, wie aus seiner eigenartigen Begründung hervorgeht, wohl bewußt, daß seine Ansicht dem positiven Rechte widerspricht. Auch Rehbein[29] ist der Ansicht, daß im Konkurse des Zedenten der Zessionar, dem „in secur" cediert, nicht anders als jeder Pfandgläubiger zu behandeln sei, d. h. „er kann nicht für seine sichergestellte Forderung tributarische Befriedigung aus der Masse verlangen und sich dann wegen des dabei nicht gedeckten Betrages aus der zedierten Forderung befriedigen, sondern aus der Masse nur Befriedigung insoweit fordern, als er durch die zedierte Forderung nicht befriedigt wird." Auch die anderen angeführten Schriftsteller begründen das Absonderungsrecht des Zessionars damit, daß sie den Zessionar mit dem Pfandgläubiger auf eine Stufe stellen. Die Forderung ist ihm pfandeshalber übertragen worden, daher soll er als Gläubiger seine Befriedigung aus ihr suchen dürfen. Das Ziel sei das gleiche, wie es im Konkurse durch die Rechtssätze über die abgesonderte Befriedigung verwirklicht werden solle.[30] Staub sagt ebenfalls: „. . . Mit anderen Worten: Seine Stellung ist alsdann in Wahrheit die eines Absonderungs- und nicht die eines Aussonderungsgläubigers." Sogar Lilienthal, der in konsequenter Weise dem Zedenten im Konkurse des Zessionars das Aussonderungsrecht versagt, ist der Ansicht, daß der Gläubiger (Fiduziar) im Konkurse des Schuldners (Fiduziant) wie ein Absonderungsberechtigter zunächst Befriedigung aus der ihm zu diesem Zwecke übereigneten Sache suchen solle und nur den Ausfall zum Konkurse anmelden könne, trotzdem seine Ausführungen auf dem Grund-

29) Rehbein, a.a.O., II. Band, § 398, Anm. 17.

30) Vgl. Wendt, Arch. f. ziv. Praxis, 100, S. 402 und Leipziger Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht . . ., Jahrg. 1910, S. 158.

gedanken beruhen, daß „für die rechtliche Beurteilung eines Rechtsgeschäftes der wirtschaftliche Zweck, welcher mit der Vornahme des Geschäfts verfolgt wird, grundsätzlich völlig gleichgültig sei." Lilienthal stellt also den Fiduziar einem Absonderungsberechtigten gleich und zwar „aus konkursrechtlichen Gründen". Welches diese konkursrechtlichen Gründe sind, gibt er nicht an.

M. E. ist es nicht richtig, den Fiduziar im Konkurse des Fiduzianten wie einen Absonderungsberechtigten zu behandeln. Geht man davon aus, daß es sich bei der Sicherungszession um eine volle Rechtsübertragung handelt, während das Pfandrecht nur eine dingliche Belastung eines Gegenstandes mit dem Rechte eines Dritten ist, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß Sicherungszessionar und Pfandgläubiger bezüglich ihrer Rechte niemals gleichartig behandelt werden können. Zu einer gleichen Behandlung kann man nur gelangen, wenn man, wie es auch das Reichsgericht[31] tut, annimmt, daß materiell der Sicherungszessionar im Konkurse des Zedenten nicht im geringsten anders zu behandeln sei als ein Gläubiger, dem ein Vermögensstück des Schuldners verpfändet worden ist, wenn man also rein den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes hervorhebt. Juristisch läßt es sich keineswegs halten, dem Zessionar lediglich in Anbetracht des Pfandzweckes das Absonderungsrecht gemäß § 48 K.O. zuzusprechen; denn der § 48 hat „einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand" zur Voraussetzung, die zur Sicherung übertragene Forderung gehört aber, wie wir als von den Parteien vereinbart annehmen wollen, zum Vermögen des Zessionars, folglich kann der § 48 aus diesem Grunde keine Anwendung finden. Es kann also nur die zweiterwähnte Ansicht juristisch die richtige sein, der ich mich anschließen möchte. Der Sicherungszessionar hat zunächst für seine ganze sichergestellte Forderung anteilsmäßige Befriedigung aus der Konkursmasse zu verlangen. Wird er nicht voll befriedigt, so ist er darauf angewiesen, volle Befriedigung aus der ihm zur Sicherung abgetretenen Forderung zu suchen. Einen etwaigen Ueberschuß hat er an die Konkursmasse herauszugeben.

---

31) R.G.Z., Bd. 24, S. 49 ff.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Alois Bitta, am 7. Juni 1904 zu Beneschau, früher Kreis Ratibor, jetzt Bezirk Hultschin, Tschechoslowakei, als ältester Sohn des Grundbesitzers Josef Bitta und der 1921 verstorbenen Karoline Bitta, geborene Quittek. In den Jahren Ostern 1915 bis Ostern 1924 besuchte ich das Staaliche Gymnasium in Ratibor. Nach bestandener Reifeprüfung bezog ich im Sommersemester 1924 die Schlesische Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau, um mich dem Studium der Rechtswissenschaft und der Nationalökonomie zu widmen.

Am 13. März 1928 bestand ich beim Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und trat am 3. April 1928 den Vorbereitungsdienst bei der Staatsanwaltschaft in Ratibor an.

Am 11. Februar 1929 legte ich vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau das Rigorosum ab.

Durch die Abtretung meines Geburtsortes an die Tschochoslowakei, tschechoslowakischer Staatsbürger geworden, ließ ich mich, um die preußische Staatsangehörigkeit zu erlangen, in Deutschland wieder einbürgern.